IL SISTEMA IPOTECARIO

ILLUSTRATO

DA

LUIGI CHIESI

DI REGGIO.

VOLUME QUINTO

ED ULTIMO.

FIRENZE,

COI TIPI DI FELICE LE MONNIER.

1858.

Trovasi vendibile:

IN REGGIO

PRESSO STEFANO CALDERINI E C.

IN MODENA

PRESSO NICOLA ZANICHELLI E C.

IL SISTEMA IPOTECARIO

ILLUSTRATO.

IL SISTEMA IPOTECARIO

ILLUSTRATO

DA

LUIGI CHIESI

DI REGGIO.

VOLUME QUINTO ED ULTIMO.

FIRENZE.
A SPESE DELL' AUTORE.

1858.

SISTEMA IPOTECARIO.

CAPO V.

DELLA CANCELLAZIONE E DELLA RIDUZIONE DELLE INSCRIZIONI.

Articolo 2157.

Le inscrizioni si cancellano di consenso delle parti interessate ed a ciò capaci, o in vigore d' una sentenza pronunciata in ultima istanza o passata in giudicato.

SOMMARIO.

1014. La cancellazione delle inscrizioni è *forzata* o *volontaria*.
1015. Nel caso di cancellazione volontaria quali condizioni devono verificarsi?
1016. I minori ed interdetti non possono dare l' assenso alla cancellazione di una inscrizione accesa in loro favore.
1017. Il tutore può senza l' autorizzazione del Consiglio di famiglia dare l' assenso alla cancellazione di una inscrizione accesa sui beni di un terzo a favore del minore o interdetto di cui amministra la sostanza?
1018. Disposizioni particolari del Regolamento per gli Uffici di Conservazione delle Ipoteche del 19 aprile 1806 intorno al modo onde deve essere dato l' assenso alla cancellazione di un' inscrizione accesa in favore di una donna maritata, di un minore o interdetto, di un Luogo Pio, di un Comune, dello Stato, del R. Demanio, o della Nazione.
1019. Il consenso dato dal creditore alla cancellazione di una inscrizione non importa la rinunzia al diritto dell' ipoteca o del privilegio.
1020. La cancellazione forzata deve eseguirsi coll' appoggio di una sentenza pronunciata in ultima istanza o passata in giudicato.
1021. Perchè il Conservatore possa fare la cancellazione della inscrizione coll' appoggio di una sentenza pronunciata in ultima istanza o

passata in giudicato, deve essere adempita la condizione prescritta dall'articolo 548 del Codice di Procedura. — L'intimazione del giudicato, di cui parla il citato articolo 548, deve essere fatta necessariamente al domicilio reale?

1022. Il ricorso per ritrattazione della sentenza, che ordinò la cancellazione, non impedisce l'esecuzione della sentenza reclamata. Se questa sentenza, coll'appoggio della quale fu eseguita la cancellazione, verrà ritrattata, quali ne saranno le conseguenze?

1023. E quali saranno le conseguenze di una cancellazione eseguita coll'appoggio di un atto di consenso, che sia poscia dichiarato nullo con sentenza del Tribunale o per difetto di forme o per incapacità di persona?

1024. La cancellazione forzata può aver luogo non solo in vigore d'una sentenza pronunciata in ultima istanza o passata in giudicato, ma altresì in forza d'una semplice Ordinanza del Giudice delegato alla graduazione dei creditori nel caso contemplato dall'articolo 759 del Codice di Procedura.

1025. Nei casi in cui si sciolgono le ipoteche costituite da chi aveva sull'immobile ipotecato un dominio risolubile, si potrà dimandare la cancellazione delle accese inscrizioni, coll'appoggio della sola sentenza che dichiarò la risoluzione del dominio dell'ipotecante?

1014. Nel capo IV si parlò del modo dell'inscrizione dei privilegi e delle ipoteche. In questo si terrà discorso della cancellazione e della riduzione delle inscrizioni, e prima della cancellazione.

La inscrizione non costituisce il diritto dell'ipoteca o del privilegio, ma è una forma destinata soltanto a dargli pubblicità (1). Questa forma però è di tanta importanza, che senza di essa i privilegi e le ipoteche non hanno alcuna forza in faccia ai terzi, e si hanno per non esistenti (2). L'inscrizione insomma riduce all'atto il diritto in potenza del privilegio e dell'ipoteca. Se tanta è dell'inscrizione la efficacia, è giusto che non se ne possa fare la cancellazione, se non coll'assenso delle parti interessate aventi

(1) « L'inscription est le signe le plus éclatant de l'existence de l'hypothèque. » (Troplong, art. 2180, n. 882.)

(2) « L'inscription est une formalité tellement essentielle à l'hypothèque, que sans elle elle n'existe pas. » (Persil, art. 2134, n. 1.) — « Ce n'est que par l'inscription que le privilège peut se mettre en action. » (Troplong, art. 2106, n. 266.)

la capacità di disporre liberamente del diritto inscritto, o coll'appoggio di una sentenza proferita in ultima istanza o passata in giudicato. La cancellazione perciò è *forzata* o *volontaria*. *Forzata,* quando si fa senza l'assenso del creditore, in vigore di una sentenza: *Volontaria*, quando è fatta col pieno assenso della parte interessata (1).

1015. Quanto alla cancellazione volontaria, la legge non esige che il consenso della parte interessata ed a ciò capace, e perciò l'atto onde viene dato un tale assenso veste il carattere di contratto unilaterale (2). Perchè questo contratto unilaterale abbia forza e produca il suo effetto, due condizioni devono verificarsi secondo l'art. 2157. L'una, che l'assenso alla cancellazione sia dato dalla parte interessata. L'altra, che la parte interessata sia persona capace. Il creditore inscritto, o i suoi eredi o cessionarj, sono le persone che hanno interesse nell'accesa inscrizione. Da essi soli pertanto potrà darsi efficacemente l'assenso alla cancellazione di una inscrizione (3). La cancellazione facendo sparire la inscrizione, la quale dà forza ed efficacia in faccia ai terzi al privilegio ed alla ipoteca, equivale alla alienazione di un diritto. Perciò l'assenso alla cancellazione deve essere dato da persona capace, ossia che abbia la libera amministrazione del proprio patrimonio.

1016. La libera facoltà di far contratti accordata alle persone *sui juris* essendo incompatibile colla giusta guarentigia degli interessi dei minori ed interdetti, che è lo scopo della tutela, ragion vuole che il divieto a contrattare senza l'assistenza dell'autorità del tutore si estenda a tutti quei casi, nei quali la condizione dei minori ed interdetti può essere in qualsiasi modo deteriorata. La maggiore sicurezza anzi di tutti gl'interessi delle dette persone, come insegna il Romagnosi (4), comanda la provvidenza di dare la maggior latitudine possibile agli interdetti tutorii, la ra-

(1) « Le inscrizioni si cancellano in tutto, o nei casi di riduzione si cancellano nella parte che eccede, o di consenso delle parti interessate ed a ciò capaci, od in vigore di una sentenza pronunciata in ultima istanza o passata in giudicato. » (Art. 74 del Regolamento per gli Uffizi di Conservazione delle Ipoteche del 19 aprile 1806. V. la Raccolta Verda, pag. 52, e la Raccolta Magri, vol. I, pag. 72.)

(2) Troplong, art. 2157, n. 738.

(3) Persil, art. 2157, n. 2 e 3.

(4) *Condotta delle acque*, § 469.

gione dei quali è inversa della ragione dei divieti contrattuali. Perciò tutti i Dottori concordemente insegnano che i minori ed interdetti, come quelli i cui beni sono affidati alla amministrazione di un tutore, non possono prestare l'assenso alla cancellazione delle loro inscrizioni (1).

1017. Ma il dissidio è nato tra gl'Interpreti sul punto, se il tutore possa senza l'approvazione del Consiglio di famiglia dare l'assenso alla cancellazione di una inscrizione accesa a favore del minore o interdetto di cui amministra le sostanze. Tarrible (2) opina che il tutore ha la facoltà di dare l'assenso alla cancellazione di una inscrizione della persona soggetta alla sua tutela, sebbene non ritiri il capitale dalla ipoteca garantito, per la ragione che se può esigere il capitale, a più forte ragione deve avere il diritto di rinunziare semplicemente alla garanzia della inscrizione. Grenier non accetta la opinione del Tarrible, e distingue il caso in cui l'assenso dato dal tutore alla cancellazione è una conseguenza del pagamento, eseguito dal debitore, del debito inscritto, dal caso in cui il tutore dà l'assenso alla cancellazione senza ritirare il capitale dovuto al minore o all'interdetto. Nel primo caso tiene valido il consenso del tutore sebbene sia dato senza l'autorizzazione del Consiglio di famiglia: nel secondo nega al tutore la facoltà di dare l'assenso senza la detta autorizzazione (3). La distinzione del Grenier è pure adottata dal Troplong (4), dal Duranton (5), dal Persil (6), e dalla più parte dei Dottori. Cotelle (7) è più rigoroso del Grenier e sostiene che il tutore senza la presenza del surrogato tutore non può prestare l'assenso alla cancellazione, sebbene il debitore abbia pagato il suo debito. Io fo plauso alla distinzione del Grenier. Per Diritto Romano il tutore non solo non poteva rinunziare all'ipoteca spettante al pupillo, ma neppure esigere i capitali di lui se non era autorizzato dal Decreto del competente Magistrato (8). Secondo il Codice Napoleone è fuori di dubbio che il tutore può esigere i capitali del

(1) Grenier, tome II, n. 521.
(2) *Rép. Radiation.*, pag. 83.
(3) Tome II, n. 521.
(4) Art. 2157, n. 738 bis.
(5) Liv. 3, tit. 18, n. 190.
(6) Art. 2157, n. 7.
(7) N. 236.
(8) Voet, lib. 26, tit. 8, n. 5.

minore o interdetto, e da questa facoltà discende la conseguenza che il tutore può consentire alla cancellazione delle inscrizioni onde sono garantiti i capitali che vengono da lui ritirati, in quanto che in questo caso l'assenso alla cancellazione è un legittimo corollario delle assoluzioni, a cui ha diritto il debitore che il proprio debito estingue. La cosa deve procedere altrimenti, quando il tutore vuol dare il suo assenso alla cancellazione di una inscrizione senza esigere il relativo capitale. La legge affida al tutore l'amministrazione dei beni dei minori ed interdetti, ma ne regola l'esercizio con provvide discipline atte a contenere il tutore nei limiti dei propri doveri, e a rimuovere il pericolo che questi pregiudichi all'interesse della persona tutelata. Imperocchè lo scopo della tutela andrebbe fallito, allorquando al tutore fosse lasciata una libertà piena ed assoluta di esercitare la tutela senza sorveglianza (1). Perciò saviamente dispone che il tutore non può senza l'autorizzazione del Consiglio di famiglia prendere danaro a prestito per il minore, alienare od ipotecare i suoi beni immobili (2), accettare o ripudiare una eredità devoluta al minore (3), intentare in giudizio un'azione relativa ai diritti del minore sopra beni stabili, o aderire ad una domanda relativa ai medesimi diritti (4), e neppure stipulare una transazione (5). Da queste restrizioni, onde è posto un freno alla libertà del tutore, è forza il dedurre che questi senza l'autorizzazione del Consiglio di famiglia non potrà mai dare l'assenso alla cancellazione di una inscrizione accesa in favore del minore o interdetto, quando non viene estinto il credito dalla medesima garantito. Imperocchè l'assenso alla cancellazione di una inscrizione di un credito vivo facendo perdere al creditore il grado di preferenza che gli compete in concorso degli altri creditori sul prezzo dei beni ipotecati, si risolve nell'abdicazione di un diritto reale costituito su beni immobili, e cade perciò sotto la disposizione generale dell'articolo 457, il quale, vietando al tutore di alienare i beni immobili del minore senza l'autorizzazione del Consiglio di famiglia, non può non estendersi alle rinunzie che fa il tutore dei

(1) Romagnosi, *Condotta delle acque*, § 470.
(2) Art. 457.
(3) Art. 461.
(4) Art. 464.
(5) Art. 467.

diritti ed azioni reali spettanti al minore o interdetto sopra i beni immobili di un terzo (1).

1018. L'articolo 2157 si limita a stabilire, che l'assenso alla cancellazione deve essere dato da persona capace. Ma il Regolamento per gli Uffizi di Conservazione delle Ipoteche del 19 aprile 1806 dichiara nell'art 75 che quando trattasi di ridurre o cancellare un'ipoteca inscritta a favore di una donna maritata, si esige anche il consenso del marito se l'inscrizione è fatta sui beni di un terzo; e se sui beni del marito, il cancellamento o la riduzione non può farsi se non in conseguenza di un giudizio emanato dietro il parere del Consiglio di famiglia, e sentito il Regio Procuratore presso il Tribunale competente. E le stesse formalità vuole osservate pel cancellamento o riduzione delle ipoteche a favore di un interdetto o di un minore (2). Dichiara inoltre che per cancellare o ridurre una inscrizione a favore di un Luogo Pio o di un Comune, la domanda od il consenso dei rispettivi amministratori o rappresentanti deve essere autorizzata da un decreto autentico del Prefetto del Dipartimento, e del Vice-Prefetto del Distretto; e da ultimo, nell'articolo 76, che la domanda od il consenso di cancellare o di ridurre una inscrizione accesa per l'interesse dello Stato, del Regio Dominio o della Nazione, sarà ammissibile quando pervenga al Conservatore delle Ipoteche da quella Autorità che ne ha chiesta l'inscrizione, od altrimenti quando la domanda od il consenso sia munito di un decreto corrispondente del Prefetto del Dipartimento.

1019. Si fa il dubbio dagli Interpreti del Diritto Francese, se il consenso dato dal creditore alla cancellazione di una inscrizione importi la rinunzia al diritto dell'ipoteca o del privilegio. È certo che il privilegio e l'ipoteca hanno una esistenza propria indipendente ed anteriore alla inscrizione, la quale ne è la semplice manifestazione (3). Non essendo pertanto la inscrizione che la veste dell'ipoteca o del privilegio, il semplice consenso del

(1) « Latiore vero sensu hic accipitur *alienatio*, ut non modo omnem actum tutoris voluntarium complectatur, per quem dominium transfertur, sed et actus alios, quibus jus in re pupillo diminuitur, vel juris quæsiti repudiatio fit. » (Voet, lib. 27, tit. 9. n. 3.)

(2) V. la Raccolta Verda, pag. 52, e la Raccolta Magri, vol. I, pag. 72.

(3) « L'inscription n'est que la manifestation de l'hypothèque. » (Troplong, art. 2195, n. 984 bis.)

creditore alla cancellazione della stessa inscrizione non può avere tanto di forza da estinguerne il diritto. Il creditore che dà il suo assenso alla cancellazione della inscrizione deteriora certamente la propria condizione, perchè toglie al suo privilegio od alla sua ipoteca l'efficacia e il valore infuso dalla stessa inscrizione; ma ciò non gl' impedisce di poter dare con una seconda inscrizione nuova forza ed energia all'assopito diritto. Come la inscrizione toglie dall'inerzia e dal sonno il diritto già esistente del privilegio o dell'ipoteca, così il semplice assenso dato alla cancellazione della inscrizione non può produrre altro effetto che di ritornare il diritto del creditore allo stato di quiete e di letargo (1). L'assenso dato alla cancellazione della inscrizione allora solo può essere causa di morte del privilegio o dell'ipoteca, quando il creditore non possa più chiedere una nuova inscrizione, o perchè sia stato aperto il fallimento del debitore, o la eredità di lui sia stata accettata col benefizio dell' inventario, o il fondo ipotecato sia passato nel dominio di un terzo possessore e sia già scaduto il termine di 15 giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione.

1020. La cancellazione *forzata* si fa coll'appoggio di una sentenza. Non basta però che una sentenza ordini la cancellazione di una inscrizione, perchè il Conservatore possa effettuarla. È mestieri che alla sentenza, la quale ordina la cancellazione, possa darsi esecuzione, perchè la cancellazione eseguita dal Conservatore è in realtà l'atto di esecuzione della stessa sentenza. Stabilisce perciò l'articolo 2157 che le inscrizioni si cancellano in vigore di una sentenza *pronunciata in ultima istanza o passata in giudicato*, appunto perchè contro una tale sentenza non è più ammissibile alcun ricorso, che ne tenga in sospeso la esecuzione. Merita di essere notata la differenza tra le espressioni dell'articolo 2123, dove si parla dell'ipoteca giudiziale, e quelle dell'articolo 2157. Nel primo è detto semplicemente che l'ipoteca giudiziale deriva *da sentenze definitive o provvisionali.* Al contrario nell'articolo 2157 si dichiara che le inscrizioni si cancellano in vigore di una sentenza *pronunciata in ultima istanza o passata in giudicato* (2). Quando trattasi d'inscrivere una ipoteca

(1) Troplong, art. 2157, n. 737. — Zachariæ, § 282.

(2) « Inter sententiam et rem judicatam illud interest, quod sententia sese habeat per modum causæ, res judicata per modum effectus; sententia

giudiziale, l'inscrizione non è la esecuzione della sentenza, ma un semplice atto conservatorio, che non può essere impedito al creditore anche prima che la sentenza sia passata in cosa giudicata. La quale ipoteca va necessariamente soggetta alle vicende, a cui soggiace l'appellata sentenza nel giudizio di seconda istanza, e crolla o resta ferma secondo che la sentenza ultima revoca o conferma la prima (1). Il fatto al contrario della cancellazione di una inscrizione, oltrechè è l'esecuzione, come si è detto, della sentenza che l'ordinava, non potrebbe compiersi in pendenza del giudizio di appello della stessa sentenza senza recare al creditore un danno irreparabile, in quanto che la inscrizione che venisse nuovamente accesa dopo l'ultimo giudizio non potrebbe mai ridonare all'ipoteca l'antico grado assicuratole dalla prima cancellata inscrizione.

1021. Perchè il Conservatore possa fare la cancellazione della inscrizione coll'appoggio di una sentenza, non basta che questa sia pronunciata in ultima istanza o passata in giudicato, ma è necessario altresì che si verifichi la condizione prescritta dall'articolo 548 del Codice di Procedura, il quale dispone che i giudicati, i quali ordinano rimozione di sequestro, cancellazione di un'iscrizione ipotecaria, pagamento o qualunque altra cosa da farsi da un terzo, o a di lui pregiudizio, non sono eseguibili dal terzo, o contro il terzo, spirati eziandio i termini dell'opposizione o dell'appello, se non se sopra un certificato del patrocinatore della parte instante, ch'esprima la data *dell'intimazione del giudicato fatta al domicilio della parte condannata,* e sopra attestato del cancelliere che assicuri non esistere contro il giudicato nè opposizione nè appello. E siccome il citato articolo 548 parla in genere *dell'intimazione fatta al domicilio della parte condannata,* e quando si tratta di un giudizio promosso contro un creditore inscritto, il domicilio legale dello stesso creditore è indifferentemente o il reale o l'eletto nelle note in forza della disposizione dell'articolo 2156; così io penso che l'intimazione, a cui accenna il citato articolo 548, potrà farsi o al domicilio reale del

ita litem finiat, ut adhuc per appellationem instaurari possit, at res judicata ita, ut lis ulterior metuenda non sit; quod evenit per decem dierum silentium, vel petitam intra decem dies dilationem solutionis respectu ejus, quod judicatum est. » (Voet, lib. 42, tit. 1, n. 2.)

(1) Troplong, art. 2123, n. 443 bis, 443 ter.

creditore condannato a dover tollerare la cancellazione della sua inscrizione, o al domicilio da lui stesso eletto nelle note della inscrizione. Questa opinione trova una luminosa conferma nell'articolo 111 del Codice Civile, il quale dispone che allorquando le parti o una di esse in un atto, e per l'esecuzione del medesimo, avranno eletto il domicilio in un luogo diverso da quello del loro domicilio reale, le citazioni, domande e i procedimenti relativi a questo atto, si potranno fare al domicilio convenuto, ed avanti il Giudice del medesimo. Ad ogni modo i Ministri di Giustizia e di Finanza con circolari del 21 giugno e del 5 luglio 1808, riportate qui sotto in una nota, ebbero a dichiarare che l'intimazione, di cui fa parola l'articolo 548 già citato del Codice di Procedura, deve essere fatta al domicilio reale del creditore (1).

1022. Il Codice di Procedura stabilisce nell'articolo 480, che le sentenze inappellabili proferite in contraddittorio tanto dai Tribunali di prima istanza, che da quelli di appello, non che le sentenze inappellabili proferite in contumacia, e che non sono più suscettibili di opposizione, possono essere impugnate nei casi dallo stesso articolo determinati col rimedio del ricorso per ritrattazione della sentenza da quelle persone che o siano state in causa, o che vi siano state debitamente chiamate; e nell'articolo 497, che la domanda per ritrattazione non impedisce l'esecuzione della sentenza reclamata, e che è vietato di accordare alcuna inibitoria contro l'esecuzione. Se il ricorso per ritrattazione della sentenza non è di ostacolo alla esecuzione della stessa sentenza, il Conservatore, non ostante il giudizio di ritrattazione, non potrà rifiutarsi alla cancellazione ordinata dalla sentenza reclamata. Quali pertanto saranno le conseguenze, se la sentenza, coll'appoggio della quale fu eseguita la cancellazione, verrà ritrattata e il cre-

(1) « Il semble que toutes les fois qu'il s'agit de l'exécution d'un jugement définitif, la signification doit être faite au domicile de la partie condamnée. »

L'Art. 147 du Code de Procédure le dit en termes exprès. . . . . .

« D'après cela, on doit croire que le domicile de la partie condamnée, dont il est question dans l'art. 548, ne peut s'entendre que du domicile réel. Cet article ordonne, pour les jugemens portant radiation d'inscription hypothécaire, ce que l'art. 147 ordonne en termes généraux pour tous les jugemens portant condamnation. Dans l'un comme dans l'autre, c'est au domicile de la partie condamnée que la signification doit être faite. . . . » (V. Persil, art. 2157, n. 20).

ditore accenderà di nuovo la inscrizione della sua ipoteca? Il Duranton attribuisce alla nuova inscrizione effetti diversi secondo che il creditore trovasi in conflitto con creditori inscritti posteriormente alla cancellazione della prima inscrizione, o con creditori già inscritti all'epoca in cui la medesima fu eseguita. Nel primo caso accorda la preferenza ai creditori inscritti posteriormente alla cancellazione senza alcun riguardo alla data della inscrizione già cancellata che considera come non esistente (1). Nell'altro caso accorda il grado di preferenza alla nuova iscrizione dalla data della inscrizione cancellata, come se la cancellazione non avesse mai avuto luogo (2). Il Troplong scioglie il dubbio colla stessa distinzione (3). Ernst (4) e Battur (5) non fanno alcuna distinzione, e dánno forza in faccia a chiunque alla inscrizione cancellata, come se questa fosse sempre rimasta in vita. Il profondo Zachariae al contrario stabilisce il principio generale che il creditore, di cui fu cancellata la inscrizione, è sempre tenuto, se vuole far uso della sua ipoteca, ad accendere una nuova inscrizione da avere effetto dalla sua data, sebbene sia

(1) « Mais ni le recours en cassation, ni la requête civile ne suspendent l'exécution des jugements . . . : par conséquent l'inscription peut être rayée. Cela peut sans doute devenir funeste au créancier, dans le cas où, en définitive, il gagnerait sa cause, car l'inscription ne serait point rétablie à sa date primitive par rapport aux tiers qui auraient, depuis la radiation, pris des inscriptions sur les mêmes biens: autrement le principe de la publicité serait violé dans ses conséquences. » (Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 202, tome XI.)

(2) « Néanmoins, quant aux créanciers qui n'ont point contracté sur la foi de la radiation, parce qu'ils étaient déjà inscrits au moment où elle a été opérée, la Cour de Douai, par son arrêt du 10 janvier 1812, a décidé que l'inscription rétablie reprenait, à leur égard, son existence et sa date primitive. Cet arrêt est parfaitement rendu; il a concilié ce que demandait l'équité avec le principe de la publicité des hypothèques. » (Duranton, loc. cit., n. 203.)

(3) Art. 2160, n. 746 bis.

(4) « L'inscription doit être replacée avec ses effets et le rang qu'elle avait lors de la radiation, car le jugement étant rétroactivement anéanti par la rétractation ou cassation, les effets qu'il avait produits le sont de même. » (Ernst, quest. 10.)

(5) « Le créancier rétabli dans ses droits, soit par la voie de la cassation, soit par requête civile ou autrement, doit les recouvrer envers et contre tous; et il ne peut souffrir de ce que les Romains appelaient *injuria Iudicis*. » (N. 690.)

annullato l'atto o la sentenza, coll'appoggio della quale fu eseguita la cancellazione (1).

In questo conflitto di opinioni io tengo senza restrizioni e distinzioni, doversi seguire il principio generale dello Zachariae, qualunque sieno i creditori inscritti, o anteriori o posteriori alla eseguita cancellazione, coi quali trovasi in concorso il creditore di cui fu cancellata la inscrizione. La cancellazione fa scomparire interamente la inscrizione (2), e quando la luce della inscrizione è spenta, l'ipoteca non può più avere alcun effetto in faccia ai terzi, qualunque essi siano. La sentenza di ritrattazione attribuisce certamente il diritto al creditore, di cui fu cancellata la inscrizione, di richiamare in vita il suo diritto d'ipoteca con una nuova inscrizione, ma riesce impotente ad annullare il fatto compiuto della cancellazione, la quale è un atto materiale eseguito dalla mano del Conservatore. Il creditore ipotecario non può mai giovarsi della sua ipoteca, se questa non è inscritta, perchè una ipoteca non inscritta non ha alcuna forza (3). Quando fu cancellata la inscrizione, la ipoteca del creditore restò spoglia della divisa che le infondeva efficacia e vigore, e non potrà ripigliar nuova forza, se una seconda inscrizione non le inspira l'alito della vita, perchè la sentenza di ritrattazione non può operare il miracolo di ritornare in vita una inscrizione, che il Conservatore cancellò dai registri ipotecari. E la seconda inscrizione non può non essere subordinata alla regola generale dell'articolo 2134, che misura sempre il grado di preferenza di qualunque creditore ipotecario dalla data della sua inscrizione. Ammessa la distinzione del Duranton e del Troplong, all'ipoteca del creditore, di cui fu cancellata la prima inscrizione, dovrebbero assegnarsi due gradi diversi; l'uno, dalla data della seconda inscrizione in concorso dei creditori inscritti dopo la cancellazione della prima

(1) « Lorsque le consentement donné à la radiation est déclaré nul dans la suite, ou que le jugement qui l'a ordonnée vient à être cassé ou annulé, l'inscription ne revit point pour cela, et le créancier est réduit à en prendre une nouvelle qui ne donne rang que du jour de sa date. » (§ 282.)

(2) « La radiation d'une inscription est la déclaration que cette inscription est désormais à considérer comme non avenue. » (Zachariæ, § 282.)

(3) « Point d'hypothèque sans inscription. » (Troplong, art. 2154, n. 726 bis.)

inscrizione; l'altro, dalla data di questa prima inscrizione, già cancellata, in pregiudizio dei creditori posteriori già inscritti al momento della eseguita cancellazione. Ma come mai la prima inscrizione può aver forza di attribuire un grado al creditore in faccia ai terzi, se più non esiste, se fu cancellata e distrutta? Le regole fondamentali del nuovo Sistema Ipotecario alla distinzione del Duranton evidentemente si oppongono. Tizio p. e. ha sul fondo A una inscrizione del 1 maggio 1850, e Caio ne ha una posteriore del 1 maggio 1851. In forza di una sentenza proferita in ultima istanza nel 1 maggio 1852 l'inscrizione di Tizio viene cancellata, e nel 1 maggio 1853 viene accesa sullo stesso fondo una inscrizione a favore di Paolo. Non guari dopo la sentenza, coll'appoggio della quale la inscrizione di Tizio fu cancellata, viene ritrattata, e Tizio accende il 1 maggio 1854 una novella inscrizione. Aprendosi un giudizio di espropriazione del fondo A, come dovrà farsi la graduatoria? La regola generale stabilita nell'articolo 2134 comanda che il primo grado sia assegnato a Caio, il secondo a Paolo, e il terzo a Tizio, in quantochè Caio ha una inscrizione anteriore a quella di Paolo, e Paolo ne ha una anteriore a quella di Tizio, la cui prima inscrizione del 1 maggio 1850 fu con una legale cancellazione annullata e distrutta. Secondo la distinzione del Duranton, Paolo che accese la sua inscrizione dopo che fu cancellata la prima inscrizione di Tizio, deve allo stesso Tizio essere preferito, per la ragione chè la nuova inscrizione di Tizio ha una data posteriore a quella di Paolo; e Tizio al contrario, la cui prima inscrizione era anteriore a quella di Caio, deve allo stesso Caio essere preferito. Ma come può Tizio essere preferito a Caio, se Caio, la cui inscrizione è anteriore a quella di Paolo, ha diritto di essere a Paolo anteposto? Se Tizio è vinto da Paolo, se Paolo è vinto da Caio, Tizio deve essere necessariamente, anzi a più forte ragione, superato da Caio. Perchè Paolo sia posposto a Caio e preferito a Tizio, che cosa fa il Duranton? Assegna il primo grado a Tizio dalla data della inscrizione del 1 maggio 1850 che fu cancellata, il secondo a Caio, e il terzo a Paolo; ma obbliga Tizio a cedere del suo grado tanta parte quanta è necessaria al pagamento di Paolo. Con questo ripiego Caio, la cui inscrizione era posteriore alla prima inscrizione di Tizio, nulla guadagna pel fatto della cancellazione

eseguita in danno di Tizio coll' appoggio di una sentenza che viene ritrattata, e dall' altra parte nulla perde per la preferenza data a Paolo sopra Tizio, perchè Paolo, che ad esso Caio deve essere posposto, viene pagato col grado di Tizio, la cui prima inscrizione già cancellata era anteriore a quella di Caio (1). Il Duranton per fare la graduatoria nel modo ora indicato è costretto a dar grado a Tizio dalla data della prima inscrizione che fu cancellata, attribuendo forza e valore, non so con quale onnipotenza, al nulla; e d' altra parte non può evitare l' inconveniente che Paolo, il quale ha una inscrizione posteriore a quella di Caio, resti pagato preferibilmente allo stesso Caio. Imperocchè la conseguenza della cessione, che fa il Duranton in favore di Paolo del grado di Tizio, si è che Paolo viene pagato con preferenza a Caio, sebbene l' inscrizione di Caio sia anteriore a quella dello stesso Paolo. Anche il Duranton ha dovuto confessare che questo inconveniente è inevitabile, e lo scusa col dire che è un risultato necessario dello stato delle cose (2). Ma se egli si fosse attenuto alla regola inconcussa del nuovo Sistema Ipotecario, secondo la quale il grado dei singoli creditori misurar devesi dalla data delle rispettive inscrizioni, avrebbe schivato tutti gli inconvenienti, e non avrebbe avuto bisogno di ricorrere

(1) « Si, depuis la radiation et avant le rétablissement de l'inscription, d'autres créanciers se sont inscrits sur les mêmes biens, ils doivent primer le créancier dont l'inscription a été rétablie; et cependant, en droit, ils sont primés par les créanciers inscrits antérieurement à la radiation, lesquels eux-mêmes, s'ils sont postérieurs à l'inscription rayée, doivent être primés par celui qui a subi cette radiation. Alors on doit, selon nous, procéder de la manière suivante: on doit d'abord colloquer les créanciers antérieurs à ce dernier, s'il y en a; ensuite celui-ci; après lui, les créanciers postérieurs en date, mais antérieurs à la radiation; enfin ceux qui se sont inscrits depuis la radiation et avant le rétablissement de l'inscription; mais ces derniers, et chacun suivant son rang, prennent, jusqu'à due concurrence, le montant de la collocation du créancier dont l'inscription avait été rayée. » (Duranton, tom. XI, liv. 3, tit. 18, n. 203.)

(2) « Il est vrai que, de cette manière, ils sont payés par préférence à des créanciers qui leur sont antérieurs en ordre d'hypothèque; mais c'est un résultat de la position des choses, et ces derniers créanciers ne peuvent d'ailleurs pas s'en plaindre, puisqu'ils étaient primés par celui auquel les autres ont enlevé la collocation. » (Duranton, loc. cit., n. 203.)

a ripieghi non autorizzati dalla legge. Nel giudizio d'ordine il Tribunale non può e non deve curarsi di una inscrizione legalmente cancellata, qualunque sia stata la causa della cancellazione, e i soli creditori hanno diritto di essere graduati che vantano una inscrizione validamente accesa. Se Tizio, che prima della cancellazione avrebbe avuto il primo grado, ottiene l' ultimo, ed è perciò posposto a Caio, la cui inscrizione già accesa al momento della cancellazione era posteriore a quella dello stesso Tizio, è questo un risultato necessario ed inevitabile della cancellazione eseguita dal Conservatore, che dissipò tutte le tracce della prima inscrizione. Dopo la ritrattazione della sentenza, coll'appoggio della quale fu fatta la cancellazione della inscrizione di Tizio, questi ha bisogno di una nuova inscrizione per potere giovarsi della sua ipoteca. Ripugna ai principii stabiliti dalla legge intorno alla materia delle ipoteche che questa nuova inscrizione abbia effetti diversi secondo la diversità dei creditori, con cui trovasi in conflitto, essendo le inscrizioni dei creditori ipotecari sottoposte ad una sola regola generale, che è quella dell'articolo 2134, che ne misura il grado dalla data; e ripugna egualmente che il Tribunale dia grado e valore in faccia ad alcuni creditori ad una inscrizione che in forza della subìta cancellazione più non esiste. Gli inconvenienti che il Duranton voleva schivare sono la conseguenza inevitabile della facoltà data dal Codice di Procedura di domandare la cancellazione di una inscrizione coll'appoggio di una sentenza che può essere ritrattata.

1023. Può darsi che l' atto di consenso, in forza del quale fu dal Conservatore eseguita la cancellazione di una inscrizione, sia poscia dichiarato nullo con sentenza del Tribunale o per difetto di forme o per incapacità della persona. Quando si ammettesse la distinzione del Duranton or ora confutata, dovrebbe dirsi essere efficace la cancellazione in faccia ai creditori che posteriormente alla medesima accesero le loro inscrizioni, ed al contrario aversi per non fatta ed essere inattendibile in faccia agli altri creditori, le cui inscrizioni erano già accese al momento della stessa cancellazione. E colla scorta di questa distinzione misurò appunto gli effetti di una cancellazione eseguita a danno di un minore coll'appoggio di un rogito nullo per difetto delle prescritte solennità una sentenza del Tribunale d'Appello di Reggio del 21 febbraio 1838 nella causa — Finzi, Pongileoni con

Mariani, Menozzi (1). — Ma per le stesse ragioni, per le quali ho qui sopra riprovata la distinzione che fanno il Duranton e il Troplong fra i creditori posteriori e i creditori anteriori alla cancellazione eseguita coll' appoggio di una sentenza che viene ritrattata, io porto opinione che anche nel caso di cui ora discorro, la cancellazione deve avere il pieno suo effetto in faccia a qualunque creditore, e che il creditore, in danno del quale fu eseguita, può solo aver diritto di esser graduato dalla data della nuova inscrizione accesa dopo la sentenza che annullò l' atto, onde alla cancellazione fu dato il consenso. La cancellazione eseguita dal Conservatore, qualunque sia il titolo che alla medesima diede causa, è un atto materiale che distrugge le tracce dell' accesa inscrizione (2). La condizione quindi del creditore, di cui fu cancellata la inscrizione, non è diversa da quella del creditore, la cui ipoteca non fu mai inscritta. E siccome il creditore non inscritto non può far uso del suo privilegio o della sua ipoteca, nè chieder grado nel giudizio d' ordine fra i creditori ipotecari, in quanto che un privilegio od una ipoteca non vivificati dalla luce della inscrizione non possono avere in faccia ai

(1) « Considerando, che quando pure potesse muoversi qualche dubbio che l' intenzione delle parti fosse stata quella di restringere, piuttostochè di estinguere l' ipoteca legale, egli è certo però sempre, che in forza delle espressioni, colle quali venne concepito l' atto 30 dicembre 1830, fu concessa la cancellazione totale dell' ipoteca legale, la quale come contraria al disposto della legge, sarebbe poi sempre nulla ed inefficace a produrre alcun valido effetto, se non che la nullità stessa pei principj di ragione e di equità magistralmente sviluppati nell' appellata sentenza, e per le autorità dalle quali sono sostenute, non può aversi in considerazione a pregiudizio di coloro, i quali contrattarono posteriormente col debitore Timolini. »

. . . .

« Considerando, che posto il principio superiormente adottato, che essendo nulli i due atti a rogito Corghi, questi, salvo il riguardo accordato ai contraenti posteriori alla seguita cancellazione della ipoteca, non potevano produrre alcun valido effetto, cadono le deduzioni, per le quali li contraenti anteriori hanno preteso di essere equiparati ai posteriori. L' unico titolo infatti, pel quale i contraenti posteriori si ritengono esclusi dal sottostare alle conseguenze che ne deriverebbero da tale nullità, si è il dubbio che si siano indotti a contrattare sulla fede dei Registri Ipotecari, dubbio che non potrebbe mai verificarsi per riguardo a colui che aveva contrattato in antecedenza. »

(2) Grenier, tome 2, n. 520.

terzi alcuna forza ed efficacia; del pari il creditore, a cui la cancellazione, per qualsiasi titolo eseguita, tolse l'arme necessaria al combattere, non può aspirare ai posti destinati dalla legge ai creditori inscritti, chiunque sieno i competitori che lo respingono dalla lizza (1).

1024. La cancellazione forzata può avere luogo non solo in vigore d'una sentenza pronunciata in ultima istanza o passata in giudicato, ma altresì in forza d'una semplice ordinanza del Giudice delegato alla graduazione dei creditori, e ciò giusta la disposizione dell'articolo 759 del Codice di Procedura, il quale prescrive che nel caso in cui non vi sia alcuna contestazione, il Giudice delegato chiude il suo processo verbale di graduazione, pronunzia la perdita di diritto per i creditori che hanno trascurato di fare la produzione, ed ordina il rilascio delle note, ossia estratti di graduazione ai creditori utilmente graduati, ossia a quelli pei quali evvi luogo al pagamento, e la cancellazione delle inscrizioni di quelli pei quali non vi è luogo sul prezzo al pagamento (2).

1025. Nei casi in cui si sciolgono le ipoteche costituite da chi aveva sull'immobile ipotecato un dominio risolubile, p. e. nei casi contemplati dagli articoli 954 e 963 del Codice Napoleone, si potrà domandare la cancellazione delle accese inscrizioni coll'appoggio della sola sentenza che dichiarò la risoluzione del dominio dell'ipotecante? La risposta viene suggerita dalle chiare parole dall'articolo 2157, secondo il quale le inscrizioni si cancellano o di consenso delle parti interessate, o in vigore d'una sentenza. La disposizione di quest'articolo è generale, e quindi anche nel caso proposto le inscrizioni dovranno cancellarsi o di consenso dei creditori inscritti, o in forza di una sentenza. Ma la sentenza, che dichiarò risolto il dominio dell'ipotecante, è il risultato di un giudizio che ebbe luogo tra l'antico e il nuovo proprietario, p. e., tra il donante e il donatario nei casi a cui accennano i citati articoli 954 e 963, ed al quale rimasero totalmente estranei i creditori inscritti. Non può dunque una tale sentenza autorizzare il Conservatore a cancellare in pregiudizio dei creditori inscritti le inscrizioni accese a carico del proprietario di cui

(1) Zachariæ, § 282.
(2) Zachariæ, § 282.

viene risolto il dominio, e ciò in forza del principio stabilito dalla L. 2, C. *Quib. res jud. non nocet:* « Res inter alios judicata, neque emolumentum afferre his, qui judicio non interfuerunt, neque præjudicium solet irrogare. » La sentenza che dichiarò risolto il dominio dell'ipotecante, non può attribuire al proprietario che riebbe la cosa alienata altro diritto che di intentare un giudizio contro i creditori inscritti, nel caso che questi rifiutassero il loro consenso alla cancellazione delle accese inscrizioni. Il quale giudizio non può non avere un esito favorevole al proprietario, in quanto che i Tribunali giusta l'articolo 2160 devono ordinare la cancellazione, quando sono legalmente annullate le ragioni di privilegio e di ipoteca (1).

Articolo 2158.

Nell' uno e nell' altro caso, coloro che ne richiedono la cancellazione depongono all' Ufficio del Conservatore copia dell'atto autentico contenente il consenso, o copia della sentenza.

SOMMARIO.

1026. L'atto contenente il consenso alla cancellazione di una inscrizione deve essere autentico, ma non è necessario che sia un atto autentico notarile.
1027. Non è efficace il consenso alla cancellazione di una inscrizione dato dal creditore in un processo verbale di conciliazione.
1028. Non è valido l'assenso alla cancellazione dato per atto autentico da un mandatario nominato con privata scrittura.
1029. Nel caso di dimandata cancellazione di una inscrizione, non basta la semplice presentazione del documento, che serve di fondamento alla dimanda, ma è necessario il deposito dello stesso documento all' Ufficio delle Ipoteche.
1030. La dimanda della cancellazione non può essere accolta dal Conservatore, se viene fatta coll' appoggio di un atto, di cui il Notaro o il Cancelliere del Tribunale non conservarono l' originale.
1031. Il Conservatore, che deve eseguire la cancellazione coll'appoggio di

(1) Persil, art. 2157, n. 27 e 28.

un atto autentico, non può non avere il diritto di esaminare, se l'atto depositato al suo Ufficio tutte contenga le forme essenziali alla validità degli atti autentici.

1032. Se il documento, da cui risulta il diritto a domandare la cancellazione di una inscrizione, comprenderà altre cose a questa estranee, basterà il deposito di un estratto della sola parte che alla cancellazione si riferisce?

1033. Non può il Conservatore eseguire la cancellazione di una accesa inscrizione, se il documento depositato al suo Uffizio non gliene attribuisce esplicitamente l'opportuna autorizzazione.

1026. La cancellazione è un' operazione di grandissima importanza, come quella che facendo scomparire la inscrizione toglie al privilegio o all' ipoteca ogni forza ed efficacia. È quindi necessario che l' atto, onde il creditore dà il suo assenso alla cancellazione, faccia non dubbia fede al Conservatore che deve eseguirla della volontà del creditore. Comanda perciò l'articolo 2158 che l'atto contenente il consenso del creditore alla cancellazione sia autentico, appunto perchè gli atti autentici fanno piena fede della volontà dei contraenti (1). Un atto può essere autentico senza essere un atto notarile, ed è tale quando l' autenticità gli sia attribuita da un pubblico ufficiale diverso da un notaro. Ciò posto, si è fatto il dubbio se il consenso dato alla cancellazione dovrà risultare da un atto autentico notarile. Il Persil commentando l' articolo 2158 dice essere necessario un atto autentico, cioè un atto notarile (2). Fa sorpresa questa spiegazione del Persil, perchè egli stesso ammette sotto l' articolo 2127 (3) che un atto può essere autentico sebbene non sia stato ricevuto da un notaro. E se è vero che un atto può essere autentico non ostante che non sia stato celebrato avanti un notaro, deve a parer mio tenersi che qualunque atto autentico ricevuto da un pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli la pubblica fede soddisfarà al voto della legge quando trattasi del consenso dato per la cancellazione di una inscrizione; e ciò perchè l' articolo 2158 non altro richiede che l' autenticità dell' atto. Perchè il Persil vuole che l' atto costitutivo di una ipoteca convenzionale sia un atto autentico nota-

(1) Art. 1319.

(2) « Le consentement à la radiation doit être établi par acte authentique, c'est-à-dire, passé devant notaire. » (Art. 2158, n. 1.)

(3) Art. 2127, n. 1.

rile? Perchè l'articolo 2127 non si contenta dell'autenticità dell'atto, ma vuole altresì che sia stipulato avanti a due notai, o avanti ad un notaio e due testimoni (1). Il confronto dell'articolo 2158 coll'articolo 2127 convince pienamente che la sola autenticità dell'atto, sebbene non sia questo celebrato avanti un notaro, basta a rendere valido ed efficace il consenso dato dal creditore alla cancellazione di una inscrizione.

1027. Deve però tenersi col Persil (2) che non è efficace il consenso alla cancellazione dato dal creditore in un processo verbale di conciliazione, in quanto che secondo l'articolo 54 del Codice di Procedura le convenzioni delle parti inserite nel detto processo verbale hanno forza di obbligazione privata.

1028. Nel terzo volume (3) sostenni essere nulla ed inefficace l'ipoteca stabilita con atto autentico avanti notaio da un mandatario nominato con semplice privata scrittura, ed essere necessaria alla sua validità l'autenticità di amendue gli atti, che sono parti essenziali della sua costituzione. Per la stessa ragione è a tenersi non essere valido l'assenso alla cancellazione dato per atto autentico da un mandatario nominato con privata scrittura, in quanto che l'assenso del mandatario trae tutta la sua forza dalla scrittura del mandato, colla quale forma un tutto indivisibile. È questa anche l'opinione degli Annotatori dello Zachariæ (4).

1029. Quando si tratta di una inscrizione da accendersi, l'articolo 2148 dichiara che il creditore presenta o fa presentare al Conservatore delle Ipoteche *l'originale in minuta o una copia autentica della sentenza o dell'atto da cui nasce il privilegio o l'ipoteca.* Al contrario l'articolo 2158 prescrive che coloro, i quali richiedono la cancellazione di una inscrizione, *depongono all'Ufficio del Conservatore copia dell'atto autentico contenente il consenso, o copia della sentenza.* Dal confronto di queste due disposizioni risulta evidentemente, che nel caso di chiesta cancellazione non basta la semplice presentazione del documento che serve di fondamento alla dimanda, ma è indispensabile il depo-

(1) « Il accorde bien l'hypothèque aux actes authentiques, mais aux actes authentiques passés devant notaires; outre l'authenticité, il veut donc que l'acte soit reçu par les officiers qu'il désigne. » (Art. 2127, n. 1.)

(2) Art. 2158, n. 1.

(3) N. 719, pag. 421.

(4) § 282, not. 7.

sito dello stesso documento all'Ufficio delle Ipoteche. È facile spiegare il motivo onde fu mosso il legislatore nell' un caso e nell'altro. Nel primo la presentazione del documento è necessaria all' unico scopo che il Conservatore verifichi il buon diritto del creditore che chiede la inscrizione, della quale, quando fosse stata senza giusto titolo accesa, può sempre il debitore domandare la cancellazione coi rimedi legali. La cancellazione all'incontro può recare al creditore un danno irreparabile, come quella la quale toglie ogni forza ed efficacia al diritto dell'ipoteca o del privilegio (1). Il Conservatore che fa la cancellazione deve essere messo al sicuro da ogni risponsabilità in faccia al creditore e a' suoi eredi, e a ragione prescrive la legge che nell'Ufficio delle Ipoteche rimanga in deposito a scarico e giustificazione dello stesso Conservatore la copia del documento, coll' appoggio del quale fu eseguita (2).

1030. Il confronto dell' articolo 2158 coll' articolo 2148 suggerisce un' altra riflessione. Questo, nel caso di una inscrizione da accendersi, lascia l' alternativa al creditore di presentare l' originale in minuta o una copia autentica dell' atto, onde nasce il privilegio o l' ipoteca. L' altro impone al debitore, a cui non è lasciata alcuna alternativa, l' obbligo assoluto di depositare all' Ufficio del Conservatore copia dell' atto autentico contenente il consenso, o copia della sentenza. E dal confronto dei due citati articoli chiaramente rilevasi che la dimanda della cancellazione non può essere accolta dal Conservatore, se viene giustificata col mezzo di un atto, di cui il Notaro o il Cancelliere del Tribunale non conservarono l' originale (3).

1031. Dice il Duranton (4), che il Conservatore delle Ipoteche non deve farsi giudice della validità dell' atto contenente il consenso alla cancellazione quanto all' adempimento delle forme necessarie alla sua autenticità, e che deve eseguirla, qualunque possano essere dell' atto stesso i vizi di forma. Non mi pare ammissibile questa opinione. La forma degli atti autentici è determinata dalla legge. Il Conservatore, che deve eseguire la cancellazione

(1) Grenier, tome II, n. 521.

(2) Tarrible, tome II, pag. 17. — Grenier, tome II, n. 525. — Persil, art. 2158, n. 2. — Troplong, art. 2158, n. 741.

(3) Duranton, liv. 3. tit. 18, tome XI, n. 193.

(4) Liv. 3, tit 18, tome XI, n. 193.

coll' appoggio di un atto autentico, non può non avere il diritto, e, dirò anzi, il dovere di esaminare se l' atto depositato al suo Ufficio tutte contenga le forme essenziali alla validità degli atti autentici. Altrimenti sarebbe illusoria la legge, che richiede l'autenticità dell' atto, onde viene dato il consenso alla cancellazione di una inscrizione.

1032. Se il documento, da cui risulta il diritto a domandare la cancellazione di una inscrizione, comprenderà altre cose a questa estranee, basterà il deposito di un estratto della parte che alla cancellazione si riferisce, oppure dovrà all' Uffizio delle Ipoteche depositarsi una copia dell' intero documento? Su questo punto non sono d' accordo gl' Interpreti. Il Persil aderisce all' opinione di quelli, i quali si contentano del semplice estratto, ma vuole che un tale estratto contenga una esplicita dichiarazione del Notaro o Cancelliere, la quale faccia fede che nelle altre parti del documento omesse nell' estratto non venne fatta alcuna riserva o modificazione alla facoltà concessa al debitore di domandare la cancellazione (1). Ernst (2), interpretando rigorosamente la disposizione dell' articolo 2158, crede necessaria sempre la copia dell' intero documento, e dice che il temperamento proposto dal Persil non può salvare il Conservatore dalla risponsabilità a cui si espone, per la ragione che la dichiarazione del Notaro o Cancelliere, la quale si risolve in sostanza in un giudizio, potrebbe essere erronea. Ma questa questione è tolta dal Regolamento per gli Uffizi di Conservazione delle Ipoteche del 19 aprile 1806, il quale autorizza il deposito di un semplice estratto (3).

(1) Art. 2158, n. 3.

(2) Q. 3.

(3) Art. 77. « Nel caso di cancellamento, o di riduzione tanto per consenso, come per effetto di un giudicato, coloro che lo domandano depongono all' Ufficio del Conservatore copia dell' atto autentico contenente il consenso o l' autorizzazione suaccennati, o copia della sentenza munita di un certificato della cancelleria del Tribunale che la detta sentenza sia passata in giudicato. »

Art. 79. « Chi domanda la cancellazione o la riduzione di una inscrizione deve presentare al Conservatore unitamente alla domanda l' atto, o l' *estratto* autentico del consenso, o della sentenza col certificato relativo alla medesima, i quali si ritengono in Uffizio in filza separata e numerata. » (Vedi la Raccolta Verda, pag. 52 e 53, non che la Raccolta Magri, vol. I, pag. 73.)

1033. Se il documento depositato all' Uffizio delle Ipoteche fa prova semplicemente del pagamento del debito inscritto, potrà il Conservatore coll' appoggio di questo solo documento eseguire la cancellazione dell' inscrizione accesa a carico del debitore? È facile la risposta. Dichiara l' articolo 2157, che le inscrizioni si cancellano di consenso delle parti interessate, o in vigore di una sentenza. Da quest' articolo evidentemente risulta, che intorno al fatto della cancellazione delle inscrizioni ipotecarie il Conservatore non è dalla legge creato giudice dei diritti del debitore, e che gli fu assegnata la parte di esecutore della volontà del creditore o degli ordini del Tribunale (1). Non potrà dunque il Conservatore eseguire la cancellazione di un' accesa inscrizione, se il documento depositato al suo Uffizio non gliene attribuisce esplicitamente l' opportuna autorizzazione. Se il debitore ha un documento, dal quale apparisce semplicemente l' estinzione del debito inscritto, non per questo può pretendere dal Conservatore la cancellazione della relativa inscrizione; ma deve invece invocare la giustizia del Tribunale, al quale la legge conferisce il potere di ordinare la cancellazione qualunque volta sieno legalmente annullate le ragioni di privilegio o di ipoteca, o sia estinto o soddisfatto il titolo, in dipendenza del quale fu accesa l' inscrizione (2). E coll' appoggio soltanto, ed in esecuzione della sentenza che verrà proferita dal Tribunale, potrà soddisfare il Conservatore alla dimanda del debitore e cancellare l' inscrizione (3).

Articolo 2159.

La cancellazione non procedente da reciproco consenso, deve chiedersi al Tribunale nella cui giurisdizione si è fatta l' inscrizione, eccetto che tale inscrizione sia stata fatta per garanzia d' una condanna eventuale o indeterminata, sulla esecuzione o liquidazione della quale verta giudicio fra il debitore ed

(1) Troplong, art. 2158, n. 741.
(2) Art. 2160.
(3) Grenier, tome II, n. 520.

il preteso creditore, o essi siano per essere giudicati in un altro Tribunale; nel qual caso l'istanza per la cancellazione deve proporsi o rimettersi a questo Tribunale.

Ciò non ostante sarà eseguita la convenzione fatta fra il creditore ed il debitore, di proporre, in caso di contesa, la domanda ad un Tribunale da loro indicato.

SOMMARIO.

1034. La cancellazione forzata deve chiedersi al Tribunale nella cui giurisdizione fu fatta l'inscrizione. Il creditore che viene citato avanti il Tribunale del suo domicilio alla cancellazione della sua inscrizione, può opporre la declinatoria del fôro.

1035. Dall'accennata regola generale l'art. 2159 eccettua il caso in cui l'inscrizione sia stata presa per garanzia d'una condanna eventuale o indeterminata, sulla esecuzione o liquidazione della quale verta giudicio tra il debitore ed il preteso creditore, o essi siano per essere giudicati in un altro Tribunale.

1036. Il debitore può anche intentare l'azione per la cancellazione avanti un Tribunale diverso da quello nella cui giurisdizione fu accesa l'inscrizione, quando fu stipulato il patto tra lui ed il creditore di proporre, in caso di contesa, la dimanda ad un Tribunale da loro indicato. Di questo patto però possono giovarsi le sole parti che lo stipularono.

1037. La regola generale stabilita dall'articolo 2159 è applicabile al caso in cui la dimanda della cancellazione è promossa come azione principale. Quando una tale dimanda è accessoria di un'azione personale intentata dal debitore contro il creditore avanti il Tribunale del domicilio dello stesso creditore, questo Tribunale diviene competente anche per la dimanda accessoria della cancellazione della inscrizione.

1038. Se l'attore promuove il giudizio per la cancellazione di una inscrizione avanti il Tribunale del domicilio del creditore, può la giurisdizione del Tribunale incompetente essere prorogata colla contestazione della lite.

1039. Chi può domandare in giudizio la cancellazione di una inscrizione?

1034. È principio non controverso di romana giurisprudenza che nei giudizi reali il Tribunale competente è quello del luogo ove è situata la cosa, onde si disputa; e solo si questiona dagli Interpreti, se l'attore abbia l'alternativa di agitare la causa o avanti il Tribunale della cosa, o avanti quello del domicilio del reo convenuto (1). L'ipoteca è un diritto reale, e sono parimenti un diritto reale i privilegi costituiti sui beni immobili, i quali si risolvono in sostanza in una ipoteca privilegiata. Reali quindi sono le azioni che derivano dai privilegi e dalle ipoteche, perchè reali sono le azioni, a cui dà causa un diritto reale (2). E siccome le ipoteche e i privilegi radicati sulla proprietà immobile secondo i princìpj del Codice Napoleone si rendono efficaci in faccia ai terzi col mezzo della inscrizione accesa sui registri del Conservatore delle Ipoteche, così reali sono tutte le azioni che dalle inscrizioni hanno origine, e devono perciò promuoversi avanti il Tribunale del luogo ove è situato l'immobile, ossia avanti il Tribunale nella cui giurisdizione fu fatta l'inscrizione, giacchè le inscrizioni si accendono appunto all'Ufficio della Conservazione delle Ipoteche, nel cui circondario sono posti gl'immobili ipotecati (3). Ecco la ragione per la quale l'articolo 2159 dispone che la cancellazione non procedente da reciproco consenso, ossia la cancellazione forzata, deve chiedersi al Tribunale, nella cui giurisdizione si è fatta l'inscrizione. Gli Interpreti del Diritto Romano, come si è accennato, non sono d'accordo sul punto, se l'attore che intenta un'azione reale possa a sua scelta promuovere il giudizio o avanti il Tribunale nella cui giurisdizione è posto l'immobile che del giudizio è l'oggetto, o avanti quello del domicilio del reo convenuto. Ma a questo dubbio non lasciarono luogo le chiare parole dell'articolo 2159, il quale imperativamente dispone che la cancellazione *deve* chiedersi al Tribunale nella cui giurisdizione fu fatta l'inscrizione. E alla disposizione di quest'articolo quella s'accorda dell'articolo 59 del Codice di Procedura, il quale stabilisce che in materia reale il reo *deve* essere citato davanti il Tribunale del luogo ov'è situata la cosa litigiosa. È perciò a tenersi che il creditore, che viene citato avanti

(1) Voet, lib. 5, tit. 1, n. 76 e 77. — Vinnii Selectar. Jur. Quæst. lib. 1, cap. 18. — Brunnemannus ad L. ult. C. lib. 3, tit. 19.
(2) Vinnii Comment. Instit. lib. 4, tit. 6, § 1, n. 2.
(3) Art. 2146.

il Tribunale del suo domicilio alla cancellazione della sua inscrizione, potrà opporre la declinatoria del fòro (1).

1035. Dall' accennata regola generale, secondo la quale la cancellazione deve chiedersi al Tribunale nella cui giurisdizione si è fatta l' inscrizione, l' articolo 2159 eccettua il caso in cui l' inscrizione sia stata presa per garanzia d' una condanna eventuale o indeterminata, sulla esecuzione o liquidazione della quale si agiti giudicio tra il debitore ed il preteso creditore, o essi siano per essere giudicati in un altro Tribunale; e prescrive che in questo caso l' istanza per la cancellazione deve proporsi o rimettersi a questo Tribunale. Questa eccezione è fondata nel principio insegnato dal Brunnemanno: « Causæ connexæ vel continentes, non nisi coram uno Judice, et uno judicio expediendæ » (2). E il motivo, onde è dettata l' eccezione ora detta, autorizza il giureconsulto ad estenderla a qualunque altro caso, in cui la dimanda della cancellazione, sebbene promossa come azione principale, è connessa con un' altra causa pendente avanti un Tribunale diverso da quello nella giurisdizione del quale fu fatta la inscrizione (3), e ciò conformemente anche alla massima dell' articolo 171 del Codice di Procedura, il quale dispone, che se precedentemente è stata fatta ad un altro Tribunale una domanda per lo stesso oggetto, o se la contestazione è connessa ad una causa già pendente davanti ad un altro Tribunale, la remissione a questo Tribunale può essere domandata ed ordinata.

1036. Dispone l' articolo 2159 nella seconda parte, che sarà eseguita la convenzione fatta fra il creditore ed il debitore, di proporre, in caso di contesa, la domanda ad un Tribunale da loro indicato. Quando pertanto esista una tale convenzione, il debitore che promuove l' azione per la cancellazione della inscrizione accesa dal suo creditore, potrà intentare la causa avanti il Tribunale convenuto, anzichè avanti il Tribunale nella cui giurisdizione fu accesa l' inscrizione. Insegnano però gl' Interpreti del Diritto Francese che l' eccezione stabilita nella seconda parte dell' articolo 2159 può solo aver luogo nel caso di un giudizio che si agiti tra le stesse parti che hanno stipulato il detto patto, e ciò perchè le convenzioni non obbligano e non legano che

(1) Persil, art. 2159, n. 1.
(2) Ad L. 10, C. lib. 3, tit. 1, n. 1.
(3) Troplong, art. 2159, n. 743 bis.

le parti contraenti e i loro eredi (1). E perciò dichiara il Persil che se l'azione per la cancellazione sarà promossa non dal debitore, ma da un terzo possessore che non prese parte all'accennata convenzione, il giudizio dovrà intentarsi avanti il Tribunale ordinario, ossia avanti il Tribunale nella cui giurisdizione fu fatta l'inscrizione (2). A dir vero potrebbe opporsi contro l'opinione del Persil la regola insegnata da Paolo nella L. 17, D. *De pactis*, giusta la quale i patti stipulati dal venditore, quando i termini onde sono concepiti danno ai medesimi il carattere di patti *reali*, giovano altresì al compratore (3). Ma all'applicazione di questa regola nel caso di cui si tratta, osta assolutamente la volontà contraria del legislatore chiaramente manifestata nella occasione in cui fu discussa avanti il Consiglio di Stato la disposizione dell'articolo 2159, perchè la eccezione di cui parla la seconda parte del detto articolo fu ammessa ed approvata sotto la espressa riserva che la convenzione di proporre la dimanda di cancellazione ad un Tribunale dai contraenti indicato non potesse avere effetto che tra le sole parti che la stipularono (4).

1037. L'articolo 2159 contempla evidentemente il caso in cui la dimanda della cancellazione è promossa come azione principale, e a questo caso è appunto applicabile la regola generale che la cancellazione deve chiedersi avanti il Tribunale nella cui giurisdizione fu fatta l'inscrizione. Ma se il debitore intenterà contro il creditore un'azione semplicemente personale, allo scopo p. e. che sia dal Tribunale dichiarata la nullità del debito, che è il fondamento dell'ipoteca inscritta dal creditore, è chiaro che allora il Tribunale competente sarà quello del domicilio del cre-

(1) Troplong, art. 2159, n. 743.

(2) Art. 2159, n. 6.

(3) « Pactum conventum cum venditore factum, si in rem constituatur, secundum plurium sententiam, et emptori prodest, et hoc jure nos uti Pomponius scribit. » (L. 17, § 5, D. De pactis.)

(4) « La dernière partie de l'article (2159) a été ajoutée au projet sur l'observation qu'on fit que les parties pourraient avoir intérêt de convenir d'un Tribunal qu'elles fixeraient . . . . . L'amendement fut adopté, mais sous la réserve que la stipulation n'aurait d'effet qu'entre les parties stipulantes, et ne changerait pas l'ordre de juridictions à l'égard des tiers. » (Maleville, Analyse raisonnée de la Discuss. du Cod. Civ., art. 2159.)

ditore (1). E in questo caso potrà il debitore collo stesso libello dimandare la cancellazione dell'inscrizione accesa dal creditore, in quanto che una tale dimanda è puramente accessoria alla dimanda principale, e la cancellazione non può essere ordinata dal Tribunale se non come un corollario e una conseguenza della vittoria accordata all'attore intorno al merito della obbligazione garantita dalla inscrizione (2). In questo caso è applicabile la regola insegnata dal Brunnemanno: « Judex, qui de causa status vel alia cognoscere non potest principaliter, potest tamen incidenter, quando alia principalis causa in judicium deducta » (3).

1038. Se l'attore promuove il giudizio per la cancellazione di una inscrizione avanti il Tribunale del domicilio del reo convenuto, e non avanti quello del circondario nel quale fu fatta la inscrizione, potrà la giurisdizione del Tribunale incompetente essere prorogata colla contestazione della lite, o dovrà il Giudice rimettere d'uffizio le parti al competente Tribunale? È principio stabilito da Ulpiano nella L. 1, D. *De Judiciis*, che coll'assenso dei litiganti può essere prorogata la giurisdizione di un Magistrato incompetente (4). Insegna anzi il Voet che la proroga può farsi anche col tacito consenso, il quale si deduce dalla contestazione della lite, purchè cada sopra un magistrato, del quale i litiganti avrebbero potuto prorogare la giurisdizione con un consenso espresso (5). La massima insegnata dal Voet ci conduce alla soluzione del proposto dubbio. La seconda parte dell'articolo 2159 dà forza alla convenzione stipulata fra il creditore ed il debitore di proporre, in caso di contesa, la dimanda della cancellazione ad un Tribunale da loro indicato. Se dunque possono i litiganti fare il giudizio per la cancellazione di una inscrizione avanti un Tribunale da loro indicato con una espressa convenzione, potrà altresì colla contestazione della lite, colla quale av-

(1) Cod. di Proc., art. 59.

(2) Persil, art. 2159, n. 2.

(3) Ad L. 3, C. lib. 3, tit. 1, n. 1.

(4) « Si se subjiciant aliqui jurisdictioni, et consentiant, inter consentientes cujusvis Judicis, qui tribunali præest, vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio. » (L. 1, D. De Judiciis.)

(5) « Non expresso tantum, sed et tacito consensu, hæc prorogatio fieri potest, dum alius pro alio Praetor aditur; si modo talis aditus fuerit, cui etiam expressa partium conventione licite potuisset de tali negotio jurisdictio prorogari. » (Lib. 2, tit. 1, n. 18.)

viene un quasi contratto tra l'attore e il reo convenuto, essere tacitamente prorogata la giurisdizione di un Tribunale diverso da quello nel cui circondario fu accesa l'inscrizione (1). Nè può applicarsi a questo caso la disposizione dell'articolo 170 del Codice di Procedura, secondo il quale quando il Tribunale è incompetente a ragione della materia, la declinatoria può opporsi in qualunque stato di causa, e se non vi fosse istanza di parte, la causa deve rimettersi *ex officio* a chi ne è competente. Imperocchè essendo dal Codice Civile autorizzata la convenzione espressa tra il debitore ed il creditore di proporre l'azione per la cancellazione ad un Tribunale da loro indicato, anche la tacita che nasce dalla contestazione della lite non può non rendere competente il Tribunale diverso da quello nel cui circondario fu accesa l'inscrizione; in quanto che il tacito consenso ha in faccia alla legge egual forza che l'espresso (2), e coi fatti che attestano il tacito consenso si fonda il diritto come coll'espresso (3).

1039. E chi può domandare in giudizio la cancellazione di una inscrizione? È principio incontrastabile di giurisprudenza che l'interesse è l'anima e determina la misura delle azioni (4), e che quegli che non ha interesse non può essere ammesso in giudizio ad agire (5). Potrà dunque intentarsi l'azione per la cancellazione di una inscrizione dal debitore che vuol mettere in onore il suo credito, da un terzo possessore cui preme la libertà dell'acquistato fondo, ed anche dai creditori del comun debitore, che hanno interesse di far scomparire una inscrizione, da cui sarebbero superati (6).

Articolo 2160.

I Tribunali devono ordinare la cancellazione, quando l'inscrizione fu fatta senza essere appoggiata nè

(1) Persil, art. 2159, n. 5.

(2) « Quid refert, tacite seu re et facto aliquo consensus declaretur, an verbis et conventione expressa? » (Vinnii Instit. lib. 3, tit. 28, pr. n. 3.)

(3) Romagnosi, *Condotta delle acque*, § 713.

(4) « L'intérêt est l'unique mesure des actions. » (Troplong, art. 2186, n. 958.) — L. 8, § 6, D. *Mandati*.

(5) Romagnosi, *Su le Forme dei Testamenti*, § 948.

(6) Troplong, art. 2159, n. 745. — Zachariæ, § 282.

alla legge nè ad un titolo, o quando fu fatta in dipendenza d' un titolo il quale sia o irregolare o estinto o soddisfatto, o quando sono legalmente annullate le ragioni di privilegio e d' ipoteca.

SOMMARIO.

1040. A quattro si possono ridurre i titoli, pei quali il Tribunale deve ordinare la cancellazione di una inscrizione, cioè: 1°, la mancanza o nullità della obbligazione principale; 2°, la nullità della ipoteca; 3°, la nullità della inscrizione; e 4°, finalmente l' estinzione del privilegio o dell' ipoteca, già competente al creditore.

1041. Non è sempre necessario che la sentenza, la quale ordina la cancellazione di una inscrizione, sia il resultato di una azione principale promossa a tal uopo dal debitore o dal terzo possessore; e se il Tribunale annulla colla sua sentenza o dichiara estinto un titolo, e può e deve, anche senza bisogno di una esplicita dimanda, ordinare la cancellazione della relativa inscrizione.

1040. Quando il creditore non dà il suo assenso alla cancellazione, la parte interessata deve ricorrere al Tribunale per ottenerla, e l' articolo 2160 determina appunto i casi in cui il Tribunale può ordinare la cancellazione di una inscrizione. L' ipoteca ed i privilegi non sono che l' accessorio di una obbligazione principale, che ne è il fondamento (1). Perciò, quando manca o è nulla l' obbligazione principale, l' ipoteca non può sussistere (2). Può darsi che l' obbligazione principale sia valida e civilmente efficace, ma che sia nulla l' ipoteca, o perchè fu costituita da una persona incapace, o da chi non aveva il dominio sulla cosa ipotecata, o senza le forme stabilite dalla legge. Sì nel primo come nel secondo caso la nullità dell' ipoteca trae seco necessariamente la nullità dell' inscrizione, la quale non ne è che la veste e la forma, e il Tribunale dovrà ordinarne la cancellazione.

Può esser valida l' obbligazione principale, il diritto del creditore può essere garantito e protetto da una valida ipoteca, o da

(1) « Il ne peut y avoir d'hypothèque sáns une dette. » (Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 183.)

(2) Vedi Vol. III, n. 536. — Voet, lib. 20, tit. 1, n. 18.

un legittimo privilegio, ma può esser nulla l'accesa inscrizione, o perchè non furono osservate le forme sostanziali prescritte dalla legge, o perchè venne presa dopo quindici giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione del fondo ipotecato, o dopo l'apertura del fallimento del debitore, o contro un'eredità accettata col beneficio dell'inventario. Anche in questo caso dovrà il Tribunale ordinarne la cancellazione. Se non che quando l'inscrizione è cancellata non per un vizio della obbligazione principale o della ipoteca legalmente costituita, ma per un difetto di forma inerente alla stessa inscrizione, il creditore potrà dopo la sentenza che ne ordinò la cancellazione accenderne una nuova da avere effetto dalla sua data, ben inteso purchè non sia passato il termine dei 15 giorni dalla trascrizione fatta dal terzo possessore, o non siasi verificato il fallimento del debitore, o non sia stata adita la eredità del medesimo col beneficio dell'inventario (1).

Finalmente un'ipoteca o un privilegio validamente inscritto può essere estinto in forza di alcuno dei modi stabiliti dall'articolo 2180, o per altre cause, di cui diremo illustrando il detto articolo. E non avendo ragione di esistere la inscrizione di una ipoteca o di un privilegio già estinto, anche in questo caso il Tribunale dovrà ordinarne la cancellazione (2).

A quattro dunque si possono ridurre i titoli pei quali il Tribunale deve ordinare la cancellazione di una inscrizione, cioè: la mancanza o nullità della obbligazione principale; la nullità della ipoteca; la nullità dell'inscrizione; e finalmeute l'estinzione del privilegio o dell'ipoteca, qualunque sia la causa di questa estinzione.

1041. Le inscrizioni si cancellano, come si è detto, o di consenso delle parti interessate o in vigore di una sentenza. Non è però sempre necessario che la sentenza, la quale ordina la cancellazione di una inscrizione, sia il risultato di una azione principale promossa a tal uopo dal debitore o dal terzo possessore. Imperocchè, se il Tribunale annulla colla sua sentenza o dichiara estinto un titolo, a garanzia del quale una inscrizione fu accesa, e può e deve, anche senza bisogno di una esplicita dimanda, ordinare la cancellazione della relativa inscrizione, perchè in questo

(1) Troplong, art. 2160, n. 746.

(2) Decisione del Tribunale Supremo di Revisione di Parma del 21 luglio 1834, Vol. IV della Raccolta dell'illustre G. B. Niccolosi, pag. 309.

caso la cancellazione è il corollario e la conseguenza della dichiarazione di nullità od estinzione del titolo, e si fa quindi luogo, come saviamente decise una sentenza del Tribunale d'Appello di Reggio del 13 giugno 1837, Cocconi con Bertani (1), all'applicazione dell'articolo 2160, il quale vuole che i Giudici ordinino la cancellazione quando l'inscrizione fu fatta senza essere appoggiata ad un titolo, o in dipendenza di un titolo irregolare o estinto.

Articolo 2161.

Ogniqualvolta le inscrizioni riportate senza limitazione da un creditore il quale, a termini della legge, avrebbe diritto di far inscrivere l'obbligazione sui beni presenti o futuri del suo debitore, cadranno sopra più fondi separati, oltre il bisogno per la cautela de' crediti, avrà il debitore azione per ottenere la riduzione delle inscrizioni, o perchè vengano cancellate in quella parte che eccede la conveniente proporzione. In tale proposito si devono

(1) « Considerando che altro è l'azione principale per la cancellazione della ipoteca, altro la cancellazione dell'ipoteca stessa come conseguenza di un titolo che si annulla, o si dichiara estinto con un giudicato; che quanto è incontrastabile che nel primo caso, siccome regolato dalla disposizione dell'articolo 2157 del Codice Civile Italico perchè considerato come dimanda ordinaria, debbono percorrersi tutti i gradi di giurisdizione segnati dalla legge, altrettanto è fuori di questione, che nel secondo, regolato dalla disposizione del successivo articolo 2160, il Tribunale di Appello non solo può, ma deve, anche senza domanda della Parte, contestualmente alla dichiarazione di nullità od estinzione del titolo, ordinare la cancellazione della relativa ipoteca, perchè, come osservò il Supremo Tribunale di Parma nella decisione Buoncompagni — Ludovisi con Sforza Cesarini 15 aprile 1830, allora è la legge stessa che vuole assolutamente che i Giudici ordinino la detta cancellazione. Donde la conseguenza che non è valutabile, per la rejezione dei proposti dubbi, il motivo che questo non sia stato soggetto della contestazione e del giudicato di prima istanza. »

osservare le regole di competenza stabilite nell'articolo 2159.

La disposizione del presente articolo non è applicabile alle ipoteche convenzionali.

SOMMARIO.

1042. In che consiste il benefizio della riduzione delle inscrizioni e per quale scopo fu introdotto? Perchè possa invocarsi un tale benefizio, due condizioni devono verificarsi: l'una, che l'inscrizione sia generale; l'altra, che sia eccessiva. Quanto alla prima condizione, il diritto di chiedere la riduzione compete, quando si tratta d'ipoteche giudiziali e di ipoteche legali. Si confuta la distinzione del Persil, il quale, nel caso di ipoteche legali, lo nega agli esattori ed amministratori dei beni della Nazione, dei Comuni e degli Stabilimenti Pubblici.

1043. Se il tutore ed il marito, che non poterono ottenere la riduzione dell'ipoteca legale gravitante sui loro beni colle norme e solennità stabilite negli articoii 2143 e 2144, possano tuttavia intentare l'azione per la riduzione ricorrendo all'articolo 2161.

1044. La disposizione dell'articolo 2161 non è applicabile alle ipoteche convenzionali.

1045. Se l'azione per la riduzione sia ammissibile nel caso che il debitore facendo uso della facoltà accordatagli dall'articolo 2130, abbia ipotecato i suoi beni presenti e futuri.

1046. Le ipoteche convenzionali possono essere ridotte per patto.

1047. Il benefizio della riduzione non è applicabile alle inscrizioni dei privilegi.

1048. Il benefizio della riduzione non è ammissibile, quando l'inscrizione colpisce un solo fondo del debitore, comecchè di gran lunga superiore all'ammontare del credito.

1049. La seconda condizione necessaria all'esercizio dell'azione accordata dall'articolo 2161 per la riduzione dell'inscrizione si è che la stessa inscrizione sia eccessiva.

1050. Il debitore non ha diritto di domandare la riduzione della inscrizione generale, onde sono colpiti i suoi beni, quando questa fu già ridotta per convenzione, o in forza di una sentenza.

1051. Nel caso dell'articolo 2161 la riduzione ordinata dal Tribunale importa la restrizione dell'ipoteca generale ai soli immobili indicati nella sentenza, e il pieno ed assoluto svincolamento di

tutti gli altri. Al creditore, di cui fu ridotta l'inscrizione generale a determinati immobili, può solo accordarsi il diritto di chiedere un supplemento d'ipoteca, verificandosi le condizioni indicate nell'articolo 2131.

1052. Da chi può promuoversi l'azione per la riduzione di una inscrizione? Una tale azione è subordinata alle regole di competenza stabilite nell'articolo 2159. Anche la riduzione è *volontaria* o *forzata*, e sono ad essa applicabili le disposizioni degli articoli 2157 e 2158 che determinano il modo onde le inscrizioni si cancellano.

1042. Uno dei vizi del Sistema Ipotecario del Codice Napoleone è la generalità attribuita ad alcune ipoteche, le quali, estendendosi sopra tutti i beni presenti e futuri del debitore, sono la rovina del credito di un gran numero di cittadini, e tolgono al commercio e alla libera contrattazione una gran parte dei beni immobili, onde si compongono i privati patrimoni, con grave pregiudizio della pubblica prosperità. A temperare gli inconvenienti che inevitabilmente accompagnano le ipoteche generali, i Compilatori del Codice Napoleone introdussero il benefizio della riduzione, il quale consiste in un'azione accordata al debitore per ottenere una parziale cancellazione di una inscrizione generale qualunque volta questa colpisca più fondi oltre il bisogno della conveniente garanzia del creditore (1). Colla quale azione la legge mirò a conciliare la sicurezza del creditore coll'interesse del credito del debitore. Perchè quest'azione possa esercitarsi, due condizioni devono verificarsi: l'una, che l'inscrizione sia generale, ossia colpisca i beni presenti e futuri del debitore; l'altra, che sia eccessiva, ossia cada sopra più fondi oltre il bisogno della cautela del credito.

E per dire della prima condizione, sono generali le ipoteche legali e le giudiziali (2). Quanto alle ipoteche giudiziali, tutti sono d'accordo gl'Interpreti nell'insegnare che compete al debitore il diritto di chiedere la riduzione. Ma quanto alle ipoteche legali, il Persil distingue quelle dei minori e delle donne maritate dalle altre che competono alla Nazione, ai Comuni e ai Pubblici Stabilimenti sopra i beni

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 206, tome XI.
(2) Art. 2122, 2123.

degli esattori ed amministratori obbligati a render conto, ed accordando il diritto di chiedere la riduzione ai tutori ed ai mariti, lo nega agli esattori ed amministratori dei beni della Nazione, dei Comuni e dei Pubblici Stabilimenti, e ciò per la ragione che essendo incerta la somma a cui possono salire i debiti dei detti esattori ed amministratori, riesce impossibile il poter verificare anticipatamente durante la loro amministrazione la condizione della eccessività (1). La distinzione del Persil urta evidentemente contro la disposizione generale dell' articolo 2161, il quale accorda senza eccezioni il diritto di chiedere la riduzione al debitore, sui beni del quale presenti e futuri il creditore ha diritto di fare inscrivere la obbligazione. Sono qui applicabili i principii di giurisprudenza invocati dai più valenti Giureconsulti nella interpretazione delle leggi generali: — « Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus (2): » — « Generaliter concepta sine restrictione intelligenda sunt » (3): — « Lorsqu'il y a dans la loi une règle générale, tout y rentre, hors ce qui en est formellement excepté » (4). — D' altra parte tutte le ipoteche legali, o colpiscano i beni dei tutori e dei mariti, o quelli degli esattori ed amministratori delle sostanze della Nazione, dei Comuni, e degli Stabilimenti Pubblici, hanno la stessa indole, origine ed estensione, e la disposizione generale dell' articolo 2122, il quale dichiara che il creditore cui compete l' ipoteca legale, può esercitare la sua ragione sopra tutti gl' immobili spettanti al debitore e sopra quelli che potranno appartenergli in avvenire, abbraccia e comprende tutte le ipoteche legali accordate dal legislatore coll' antecedente articolo 2121, cioè tanto quelle delle donne maritate, dei minori e degl' interdetti, quanto le altre della Nazione, dei Comuni e dei Pubblici Stabilimenti (5). Queste ultime differiscono dalle prime non per l' origine, perchè tutte derivano dalla legge; non per l' estensione, perchè tutte colpiscono tutti i beni immobili del debitore presenti e futuri, ma semplicemente per l' obbligo della inscrizione, dalla quale colla speciale disposizione dell' articolo 2135

(1) Persil, art. 2161, n. 5.
(2) Romagnosi, *Condotta delle acque*, § 880.
(3) Voet, lib. 8, tit. 2, n. 2.
(4) Grenier, des Hyp., tome I, n. 229.
(5) Troplong, art. 2122, n. 433 bis.

furono dispensate le ipoteche legali dei minori ed interdetti e delle donne maritate. Alla Nazione, ai Comuni ed ai Pubblici Stabilimenti perchè fu dal Diritto Comune e dal Codice Napoleone accordata l'ipoteca legale generale sopra tutti i beni degli amministratori? Perchè furono ugguagliati ai minori e giudicati degni dell'istessa protezione (1). Se l'ipoteca legale della Nazione, dei Comuni, dei Pubblici Stabilimenti ha comune coll'ipoteca legale dei minori ed interdetti non solo l'origine e l'estensione, ma persino la causa, come potrassi, a fronte della generale disposizione dell'articolo 2161, negare ai tesorieri ed amministratori dei beni della Nazione, dei Comuni e dei Pubblici Stabilimenti il benefizio della riduzione, che per confessione dello stesso Persil incontrastabilmente compete ai tutori dei minori ed interdetti? Del resto la natura dei crediti e diritti della Nazione, dei Comuni e dei Pubblici Stabilimenti, a cui l'articolo 2121 attribuisce il favore dell'ipoteca legale, non è diversa da quella dei crediti e diritti dei minori ed interdetti, essendo nell'un caso e nell'altro l'ipoteca legale accordata a crediti e diritti incerti dipendenti da un resoconto di amministrazione di beni. Se dunque la incertezza ed illiquidità dei crediti dei minori ed interdetti non è di ostacolo ai tutori per dimandare la riduzione dell'ipoteca legale, onde sono gravati tutti i loro beni, se la disposizione dell'articolo 2162 non si oppone alla dimanda della riduzione fatta dai tutori dei minori ed interdetti, come ammette lo stesso Persil, non so perchè la disposizione dello stesso articolo 2162, giusta il quale si considerano eccessive le inscrizioni delle ipoteche generali quando il valore di uno o di alcuni dei beni colpiti supera più di un terzo l'importare del credito, possa servire di motivo al Persil per negare il diritto di chiedere la riduzione agli esattori ed amministratori dei beni della Nazione, dei Comuni e dei

(1) « Etsi Civitates privatorum loco habeantur, tamen quia placuit, eas in plerisque minorum jure uti, non inconveniens fuit, eas etiam admitti ad jus legalis hypothecæ, quod minoribus in bonis curatorum competere dictum est. » (Voet, lib. 20, tit. 2, n. 25.) — « Così pure a tutti gli Stabilimenti Pubblici, sia di beneficenza, sia d'istruzione civile o religiosa, sia di educazione, sia d'altra natura, la legge provvide affinchè la loro amministrazione non fosse lesa dall'avidità personale degli economi e degli amministratori; e per tal ragione li pareggiò ai minori, e loro attribuì gli stessi privilegi, o, a dir meglio, *beneficj pareggianti* di ragione tutelare. » (Romagnosi, *Condotta delle acque*, § 466.)

Pubblici Stabilimenti. Non bisogna confondere il fatto col diritto. In diritto tutte le ipoteche generali, o legali o giudiziali, sono soggette a riduzione, quando siano eccessive. La questione dell'eccesso, che è tutta di fatto, è subordinata alle contingenze dei casi pratici e al prudente arbitrio del Tribunale.

1043. Si è fatto il dubbio, se il tutore e il marito, che non poterono ottenere la riduzione dell'ipoteca legale gravitante sui loro beni colle norme e solennità stabilite negli articoli 2143 e 2144, potranno tuttavia intentare l'azione per la riduzione ricorrendo all'articolo 2161, che l'accorda a qualunque debitore, i cui beni trovansi colpiti da una inscrizione generale oltre il bisogno per la cautela del creditore. Il Duranton (1) accorda ai mariti ed ai tutori due azioni distinte, risultante l'una dalle disposizioni speciali degli articoli 2143 e 2144, l'altra dalla generale disposizione dell'articolo 2161, e non si pèrita di affermare che, tornata inutile la prima, resta ad essi salvo il diritto di intentare la secoda accordata a qualunque debitore, i cui beni sono gravati da una inscrizione generale eccessiva. Troplong al contrario opina che compete ai mariti ed ai tutori per la riduzione della inscrizione generale accesa a garanzia delle mogli e dei minori od interdetti una sola azione regolata colle norme stabilite negli articoli 2143 e 2144, e che l'azione generale concessa dall'articolo 2161 a qualunque debitore è subordinata nel suo esercizio quanto ai mariti e ai tutori alle cautele prescritte coi citati articoli (2). Io mi attengo all'opinione del Troplong, che mi sembra incontrastabile. Le legge cogli articoli 2143, 2144 e 2145 fissa le norme particolari, a cui devono attenersi i mariti ed i tutori per ottenere la riduzione, non convenuta nel contratto di matrimonio o nell'atto di nomina, della inscrizione generale accesa sui loro beni. I citati articoli pertanto come legge speciale modificano necessariamente rispetto ai mariti ed ai tutori la disposizione generale dell'articolo 2161, col quale viene accordata l'azione per la riduzione a qualunque debitore, i cui beni sono colpiti da una inscrizione generale. Inutili infatti ed illusorie sarebbero le provvidenze speciali fissate coi citati articoli 2143, 2144 e 2145, se i mariti ed i

(1) Tome XI, liv. 3, tit. 18, n. 208.
(2) Art. 2144, n. 641.

tutori potessero impunemente violarle invocando il rimedio dell'articolo 2161. È falso il dire che ai mariti ed ai tutori competono per ottenere durante il matrimonio e la tutela la riduzione, di cui è discorso, due distinti rimedi, l'uno particolare loro attribuito dagli articoli 2143, 2144 e 2145, e l'altro generale accordato dall'articolo 2161 a qualunque debitore. Questi due rimedi, rispetto ai mariti ed ai tutori, si confondono in uno solo, in quanto che l'esercizio dell'azione loro competente per la riduzione dell'ipoteca generale gravitante sui loro beni rimane subordinato alle regole particolari stabilite dalle speciali disposizioni dei citati articoli 2143, 2144 e 2145 modificatrici dell'azione accordata in genere a qualunque debitore dall'articolo 2161 (1).

1044. La disposizione dell'articolo 2161 come quella che contempla la inscrizione accesa da un creditore avente ipoteca sopra i beni presenti e futuri del suo debitore, non può estendersi alle inscrizioni delle ipoteche convenzionali, le quali sono necessariamente speciali sopra determinati immobili attualmente appartenenti all'ipotecante. Ad ogni modo a togliere qualunque dubbio il legislatore dichiara nell'ultima parte dell'articolo 2161 che la disposizione di quest'articolo non è applicabile alle ipoteche convenzionali (2). Nel caso adunque di una ipoteca convenzionale il debitore non può mai muovere l'azione per la riduzione, quando anche fossero stati da lui ipotecati tutti i suoi beni presenti. E all'esercizio di una tale azione, prescindendo anche dalla esplicita dichiarazione del legislatore nell'ultima parte dell'articolo 2161, e dal carattere della specialità essenziale alle ipoteche convenzionali, osta la potentissima ragione che il debitore, il quale ha volontariamente costituita una ipoteca oltre il bisogno per la garanzia del creditore, non può impugnare il fatto proprio (3).

(1) Vedi Vol. IV, n. 852, pag. 123.

(2) « La dernière partie de cet article ne se trouvait pas dans le projet; elle fut ajoutée sur la question que l'on fit, savoir: si en vertu de cet article, le Juge pourrait prononcer la réduction, même des hypothèques conventionnelles et spéciales. On répondit que l'article ne s'étendait pas à ces sortes d'hypothèques. » (Maleville, Analyse Rais. de la disc. du Cod. Civ., art. 2161.)

(3) « Nemo potest suum factum ipse impugnare. » (Brunnemannus ad L. 25, D. lib. 1, tit 7.)

1045. Ma si è fatto il dubbio, se l'azione per la riduzione sarà ammissibile qualora il debitore facendo uso della facoltà accordatagli dall'articolo 2130 abbia ipotecato i beni che acquisterebbe in avvenire nel caso d'insufficienza de' suoi beni presenti e liberi a garantire l'interesse del creditore. Il Grenier estende anche a questo caso il benefizio della riduzione (1). Questa opinione è pure seguita dagli Annotatori dello Zachariae (2). Il Troplong (3), il Persil (4), ed il Duranton (5), sono contrari all'opinione del Grenier. A questi ultimi io aderisco. L'articolo 2161 contiene due parti. Nella prima stabilisce una regola generale, secondo la quale le inscrizioni che colpiscono i beni presenti e futuri del debitore sono capaci di riduzione quando sieno eccessive. Nella seconda alla detta regola generale sottrae con una speciale eccezione le ipoteche convenzionali. La limitazione contenuta nella seconda parte porta la necessaria conseguenza che il benefizio della riduzione è solo applicabile alle ipoteche legali e giudiziali (6). L'ipoteca convenzionale costituita nel modo e nel caso contemplato dall'articolo 2130 cade o no sotto la eccezione stabilita nella seconda parte dell'articolo 2161? Ecco il vero punto di questione. Dichiara la seconda parte del citato articolo che la disposizione della prima *non è applicabile alle ipoteche convenzionali.* Ora l'ipoteca costituita conformemente alla disposizione dell'articolo 2130 è certamente convenzionale. Se è convenzionale, del che nessuno può muover dubbio, l'eccezione contenuta nella seconda parte del citato articolo 2161 non può non estendersi all'ipoteca costituita nel modo stabilito dal detto articolo 2130, in quanto che una tale eccezione in forza delle generali espressioni del legislatore abbraccia e comprende tutte le ipoteche convenzionali. Non si può sottrarre alla disposizione della seconda parte dell'articolo 2161 l'ipoteca convenzionale costituita nel modo indicato nell'articolo 2130 a meno che non si faccia uso della interpetrazione ristrettiva contro la regola generale di Diritto che

(1) Des Hyp., tome I, n. 63.
(2) § 281, n. 1, note 5.
(3) Art. 2161, n. 749.
(4) Art. 2161, n. 9.
(5) Tome XI, liv. 3, tit. 18, n. 207.
(6) Zachariæ, § 281, n. 1.

vieta l' interpretazione, sia ristrettiva, sia estensiva, qualunque volta sono chiare e non equivoche le espressioni del legislatore (1), e a meno che non s' introduca una distinzione fra le ipoteche convenzionali costituite sui beni presenti nel modo fissato dall' articolo 2129 e le ipoteche convenzionali costituite sui beni presenti e futuri conformemente alla disposizione dell' articolo 2130, e ciò contro l' altra regola di Diritto, la quale insegna che — dove la legge non distingue, non può esser lecito fare distinzioni (2). — E a chi mi dicesse che vi possono essere buone ragioni per fare la detta distinzione, risponderei coll' osservazione che fa il Persil intorno alla disposizione dell' articolo 2146: « Il pourrait sans doute y avoir des raisons puissantes pour proposer des modifications; mais la loi est là: elle ne distingue pas; nous ne pouvons pas distinguer plus qu'elle » (3). D' altra parte due furono le cause che mossero i Compilatori del Codice Nappleone ad eccettuare dalla disposizione dell' articolo 2161 le ipoteche convenzionali. L' una, il rispetto alle convenzioni liberamente stipulate dai cittadini (4). L' altra, il carattere della specialità essenziale alle ipoteche convenzionali, che fa cessare il bisogno della riduzione introdotta allo scopo di specificare le ipoteche generali e di metterle in armonia col sistema della pubblicità, che ha per base la specialità (5). Ora l' ipoteca costituita sui beni presenti e futuri nel caso contemplato dall' articolo 2130 cessa forse di essere convenzionale? Perde forse il carattere della specialità proprio delle ipoteche convenzionali? No certamente. E infatti la detta ipoteca, oltre che dalla sola volontà dei contraenti trae origine e forza, si attua non il giorno della sua costituzione, ma a misura dei singoli acquisti fatti dal debitore, e dopo questi soltanto può essere inscritta sui beni di mano in mano da lui acquistati (6). Perciò

(1) « Si ex verbis legis tam aperta sit legislatoris voluntas, ut de ea dubitari non possit, servanda lex est, quamvis dura et aspera videatur. » (Vinnii, Select. Jur. Quæst. lib. 1, cap. 2.)

(2) Collezione delle Massime di Diritto stabilite dal Sup. Cons. di Modena, tomo II, pag. 138, Dec. 430.

(3) Art. 2146, n. 14.

(4) « Le Code a entendu respecter la convention des parties. » (Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 207, tome XI.)

(5) Troplong, art. 2161, n. 748.

(6) Vedi Vol. IV, n. 938.

le inscrizioni che si vanno dal creditore prendendo a misura dei nuovi acquisti fatti dal debitore, rendono necessariamente speciale l'ipoteca stessa comecchè costituita indeterminatamente sui beni futuri. E in ciò la ipoteca stipulata nel modo indicato dall'articolo 2130 differisce dalle ipoteche legali e giudiziali, le quali conservano il carattere della generalità anche dopo la inscrizione, che colpisce dalla sua data tutti i beni presenti e futuri del debitore. Non solo dunque per le generali espressioni, ma altresì per lo spirito, ond'è informata la seconda parte dell'articolo 2161, l'ipoteca convenzionale costituita sui beni presenti e futuri nel caso contemplato nell'articolo 2130 non può essere capace di forzata riduzione. E per confutare il Grenier, il quale vuole estendere alla ipoteca convenzionale costituita sui beni presenti e futuri nel modo stabilito dall'articolo 2130 il beneficio della riduzione introdotto dalla legge per le ipoteche generali, mi varrò dell'autorità dello stesso Grenier, il quale pone in evidenza il vero carattere della detta ipoteca ammettendo che questa, e l'essere conserva d'ipoteca convenzionale, e l'attributo acquista della specialità mediante la formalità della inscrizione da accendersi a misura degli acquisti sui fondi determinati che il debitore di mano in mano aggiugne al proprio patrimonio (1). È speciale l'ipoteca che viene inscritta su fondi determinati appartenenti in proprietà al debitore nel momento della stessa inscrizione. Tale è quindi l'ipoteca convenzionale costituita nel modo

(1) « L'hypothèque sur les biens à venir, dans le cas de l'article (2130), prend bien sa source dans le contrat par lequel elle a été stipulée; mais cette hypothèque ne peut affecter les immeubles qu'à *mesure des acquisitions*. Or, d'après le système de publicité cette affectation ne peut s'opérer que par l'inscription . . . . . D'ailleurs, pour se décider sur la forme de l'inscription, il faut remonter à la nature de l'hypothèque à laquelle elle se rapporte. Il n'y a que trois sortes d'hypothèques, l'hypothèque légale, l'hypothèque judiciaire et l'hypothèque conventionnelle; l'une de ces espèces ne peut rentrer dans l'autre. Or, l'hypothèque dont il s'agit ne laisse pas d'être conventionnelle, malgré la modification qui y est faite par la loi, dans l'intérêt tant du débiteur que du créancier. Donc l'inscription est nécessaire, et elle ne peut avoir lieu avant la propriété acquise au débiteur, puisqu'il est de la nature de l'hypothèque conventionnelle, qu'elle ne puisse exister sur un bien qui n'appartiendrait pas à ce dernier. C'est alors l'inscription qui spécialise l'hypothèque dont la source est dans le contrat; c'est le seul effet auquel se borne la modification introduite par cet art. 2130 » (Tome I, n. 62.)

stabilito dall'articolo 2130, come quella che non può inscriversi se non dopo gli acquisti e sopra ciascuno dei fondi dal debitore acquistati, come ammette lo stesso Grenier (1). A torto dunque il Grenier, che attribuisce alla ipoteca convenzionale, di cui ora si tiene discorso, il carattere della specialità, assimila contraddicendo a sè stesso la detta ipoteca alle ipoteche legali e giudiziali per estendere alla prima il benefizio della riduzione forzata introdotto dalla legge per le sole ipoteche generali. Ma sebbene come interprete della legge scritta io mi opponga all' opinione del Grenier, dirò però col Persil (2), che le ragioni dal Grenier addotte sono ottime ove vogliansi considerare come un consiglio dato al legislatore di modificare la disposizione dell' art. 2161, che in termini troppo generali ed assoluti eccettua tutte le ipoteche convenzionali dal benefizio della riduzione. E meritamente a parer mio il chiarissimo Professore Avv. Veratti lodò nel suo *Ragionamento Storico sopra le Leggi di Francesco Quarto* (3) la saggia ed equa legge del 30 aprile 1827, colla quale fu esteso il benefizio della riduzione alle ipoteche convenzionali anteriori al nuovo Sistema Ipotecario (4).

(1) « L'inscription est nécessaire sur chacun des biens, à mesure qu'ils entrent dans le domaine du débiteur. » (Tome I, n. 63.)

(2) « Nous répondrons, avec M. Dalloz, que toutes ces raisons pourraient être bonnes s'il s'agissait d'insérer dans la loi une exception à l'art. 2130, mais qu'elles sont impuissantes contre le texte précis de l'art. 2161. » (Art. 2161, n. 9.)

(3) « Altro opportuno provvedimento fu preso dal saggio Principe colla legge 30 aprile 1827 circa la riducibilità delle ipoteche convenzionali anteriori al nuovo sistema; derogando a quella prescrizione dell'art. 2161 del Codice Civile Italiano, che, non permettendo l'applicazione delle sue medesime disposizioni alle ipoteche convenzionali, veniva a dar vita, per quelle di tempo anteriore, ad inconvenienti che non erano già una conseguenza naturale e necessaria dell' antico sistema, ma nascevano soltanto dal combinarlo col nuovo, e che perciò come nuovo bisogno meritavano nuova legge senza che questa fosse nè potesse apparire retroattiva. » (Sopra le Leggi di Francesco IV, Ragionamento Storico del Dott. Bartolomeo Veratti Vicesegretario Generale della R. Accademia di Scienze, Lettere ed Arti; Modena, per gli Eredi Soliani, 1846, pag. 21.)

(4) « Intenti Noi a provvedere sopra alcuni reclami che ci sono stati sottoposti ed umiliati, ed all' oggetto di rimuovere gl' inconvenienti che in riguardo alle Ipoteche Convenzionali ed anteriori all' attivazione del Sistema Ipotecario nascono a pregiudizio di quei debitori, i quali sottostar devono ad ipoteche sui propri fondi per un valore eccessivamente mag-

1046. Ma sebbene le ipoteche convenzionali anche quando furono estese ai beni futuri nel modo stabilito dall' articolo 2130 non sieno capaci di riduzione forzata, nulla osta che sieno ridotte per convenzione stipulata fra persone capaci (1), sì perchè le convenzioni sono libere (2), e la legge rispetta una tale libertà quando non torni in danno dell' ordine pubblico (3); sì perchè è sempre lecita la rinunzia ai propri diritti (4); sì infine perchè è cosa naturalissima che un vincolo si sciolga per quei modi stessi onde fu stretto (5). Se la legge permette persino la volontaria riduzione delle ipoteche legali delle donne e dei minori (6), a più forte ragione deve esser lecita la volontaria riduzione di una ipoteca convenzionale, che dalla sola volontà libera dei contraenti trae vita ed efficacia.

1047. I privilegi sugli immobili soggetti ad inscrizione sono

giore del loro debito; sentito il voto in proposito del nostro Supremo Consiglio di Giustizia, ordiniamo e dichiariamo quanto segue, intendendo che abbia ad avere forza di legge.

» 1°. Ogni qualvolta la inscrizione presa da un creditore, il quale, a termini anche della convenzione, avrebbe diritto d' ipoteca generale, o sopra tutti i beni presenti, o sopra i beni presenti e futuri, cadrà sopra più stabili oltre il bisogno per la cautela del creditore stesso, avrà il debitore azione per domandare davanti il Tribunale la cancellazione della suddetta inscrizione nella parte che ecceda il bisogno di detta cautela.

» 2°. Perchè possa ritenersi eccessiva la inscrizione in questo caso d' ipoteche convenzionali, dovrà il valore dei fondi inscritti, liberi già da altri vincoli ed ipoteche, superare per più di una metà l' ammontare del credito capitale e relativi frutti di un biennio, oltre il valore approssimativo delle spese giudiziarie nel far valere il credito.

» 3°. Deroghiamo perciò al disposto nel paragrafo ultimo dell' art. 2161 del cessato Codice Italiano, il quale, siccome parte dell' attuale Sistema Ipotecario, fu conservato in vigore col nostro Decreto 28 agosto 1814. — Dato in Modena dal nostro R. Palazzo questo giorno 30 aprile 1827. — Francesco. » (Collezione generale delle Leggi Estensi, Tom. XIII, pag. 5 e 6.)

(1) Troplong, art. 2161, n. 749.

(2) « Les conventions sont libres. » (Troplong, art. 2161, n. 768.)

(3) « Pacta omnia, quæ non sunt contra leges, Prætor tuetur. » (Brunnemannus ad L. 27, C. lib. 8, tit. 45, n. 3.)

(4) « Suo quisque juri ac favori recte renunciat. » (Voet, lib. 12, tit. 1, n. 20.)

(5) « Nihil tam naturale est, quam eo genere unumquodque dissolvi, quo colligatum est. » (Voet, lib. 10, tit. 2, n. 39.)

(6) Art. 2140 e 2141.

tutti speciali, e non colpiscono mai i beni futuri. Persino il privilegio della separazione dei patrimoni è speciale in quanto che ai soli immobili si estende che fanno parte del patrimonio lasciato dal defunto, e deve essere inscritto sopra ciascuno degli stessi immobili (1). Non è dunque ai privilegi costituiti sui beni immobili, alla inscrizione soggetti, applicabile il beneficio della riduzione accordato dall' articolo 2161, come giustamente insegna il Persil (2). Ma se questi ha ragione di asserire che le inscrizioni dei privilegi non sono capaci di riduzione, non si può certamente aderire a lui quando dice a giustificazione della sua asserzione che la riduzione delle inscrizioni dei privilegi recherebbe offesa al carattere degli stessi privilegi che per loro natura abbracciano tutti gli immobili che ne sono colpiti. Se si potesse menar buona al Persil questa ragione, allora neppure le ipoteche legali e giudiciali sarebbero capaci di riduzione. Imperocchè il carattere della indivisibilità è proprio sì delle ipoteche, come dei privilegi, i quali altro non sono, come mille volte si è detto, che ipoteche privilegiate.

1048. L' articolo 2161 accorda il benefizio della riduzione, semprechè l' inscrizione generale presa dal creditore cada *sopra più fondi separati*, oltre il bisogno per la cautela del credito. La parola *fondo* la quale abbraccia e comprende tanto i fondi urbani quanto i rustici (3), presa nel suo vero e proprio significato, attribuitole dall' uso comune, indica un immobile determinato, che dal padrone si possiede come un tutto indiviso e indipendente, qualunque sieno le parti che lo costituiscono e compongono (4).

(1) Art. 2111.

(2) « Les inscriptions ou transcriptions, faites pour la conservation des privilèges, ne sauraient non plus être réduites, quelle que fût la valeur des immeubles affectés; et la raison en est qu'on ne peut affranchir des privilèges une partie des immeubles, sans porter atteinte à ces mêmes privilèges, dont le caractère consiste à embrasser indéfiniment la totalité de l'immeuble. » (Persil, art. 2161, n. 7.)

(3) « *Fundi* appellatione omne ædificium et omnis ager continetur. » (L. 211, D. *De verb. significatione*.)

(4) « *Locus* est, non fundus, sed portio aliqua fundi: *fundus* autem integrum aliquid est: et plerumque sine villa locum accipimus. Ceterum adeo opinio nostra et constitutio locum a fundo separat, ut et modicus locus possit fundus dici, si fundi animo eum habuimus. Non etiam magnitudo locum a fundo separat, sed nostra affectio: et quælibet portio fundi

Ciò posto, richiedendo l'articolo 2161, le cui parole s'accordano con quelle del successivo articolo 2162, che le inscrizioni da ridursi cadano sopra più fondi, se Tizio possederà un solo immobile, comecchè composto di diversi corpi di terre separati e distinti, non potrà mai domandare in giudizio la riduzione dell' inserizione accesa dal suo creditore, e ciò perchè questa non colpisce più fondi, ma un solo fondo, in quanto che i diversi corpi, di cui si compone l' immobile di Tizio, non sono altrimenti distinti fondi, ma sì bene parti integranti di un solo immobile. Siccome il beneflzio della riduzione mira a ristringere un diritto già competente al creditore, così devonsi interpretare con tutto il rigore le parole dell' articolo 2161 *sopra più fondi separati*, e la riduzione non può essere ammissibile, quando l' inscrizione colpisca un solo fondo comecchè composto di più parti, qualunque sia la sproporzione tra il valore del fondo e il debito inscritto (1). È perciò da rigettarsi la opinione del Duranton, il quale accorda al debitore il beneflzio della riduzione anche quando l' inscrizione del suo creditore abbraccia un solo fondo, il quale sia suscettivo di comoda divisione (2). Non ammette egli stesso che col beneflzio della riduzione si fa una eccezione al principio della generalità, che è un attributo delle ipoteche legali e giudiziali, e che perciò non deve darsi all' articolo 2161 una larga interpretazione (3)? Nel caso supposto dal Duranton, se il debitore opera effettivamente la divisione del fondo, allora avrà il diritto d' invocare il benefizio della riduzione, perchè, fatta la divisione, non uno, ma due sono i fondi colpiti dalla inscrizione (4). Ma finchè

poterit fundus dici, si jam hoc constituerimus: nec non et fundus, locus costitui potest: nam si cum alii adjunxerimus fundo, locus fundi efficietur. » (L. 60, D. *De verb. significatione.*)

(1) Persil, art. 2161, n. 8.

(2) Liv. 3, tit. 18, n. 209, tome XI.

(3) « Cet article est une exception, une dérogation au principe général sur les hypothèques légales ou judiciaires, qui frappent tous les biens présent et à venir, et les exceptions ne s'étendent pas. » (Liv. 3, tit. 18, n. 208, tome XI.)

(4) « Plane si divisit fundum regionibus, et sic partem tradidit pro diviso, potest alterutri servitutem imponere: quia non est pars fundi, sed fundus: quod et in ædibus potest dici, si dominus, pariete medio ædificato, unam domum in duas diviserit (ut plerique faciunt); nam et hic pro duabus domibus accipi debet. » (L. 6, § 1, D. *Com. prædiorum.*)

la divisione non è effettuata, qualunque sia la sproporzione del valore del fondo colla tenuità del credito, alla dimanda della riduzione si oppone l'espressa volontà del legislatore, il quale vuole che la inscrizione generale da restringersi cada sopra più fondi separati.

1049. L'altra condizione necessaria all'esercizio dell'azione accordata dall'articolo 2161 per la riduzione dell'inscrizione è che la stessa inscrizione cada sopra più fondi oltre il bisogno per la cautela del credito, ovvero che sia eccessiva. L'articolo 2162, di cui diremo fra poco, determina appunto il modo di calcolare la eccessività della inscrizione.

1050. Perchè al debitore competa il diritto di chiedere la riduzione, non basta che i suoi beni sieno colpiti da una inscrizione generale, non basta che questa inscrizione cada sopra più fondi oltre il bisogno per la cautela del credito; è necessario ancora che la ipoteca generale non sia già stata limitata da una precedente convenzione. Questa condizione è chiaramente espressa dal legislatore colle parole — *senza limitazione* — *sans limitation convenue,* — ed è in armonia colle disposizioni degli articoli 2143 e 2144, i quali accordano al tutore e al marito il diritto di domandare in giudizio la riduzione dell'ipoteca legale competente sui loro beni al minore ed alla moglie, semprechè questa non sia stata limitata dall'atto di nomina del tutore o nel contratto di matrimonio. Il limite assegnato per convenzione alla estensione della ipoteca generale deve essere inviolabile pel debitore, il quale perciò non può avere diritto di far ridurre nuovamente una ipoteca già stata per patto limitata e ristretta (1). A più forte ragione la dimanda della riduzione non sarà ammissibile, quando l'inscrizione generale fu già una volta ridotta con una sentenza passata in cosa giudicata, sì perchè l'inscrizione ridotta ha già perduto il carattere della generalità, sì perchè la seconda dimanda distruggerebbe gli effetti della prima sentenza, la quale forma legge tra i litiganti (2).

1051. Il Troplong mette a confronto il rimedio della riduzione concesso ai mariti e ai tutori dagli articoli 2143, 2144

(1) Zachariæ, § 281, n. 1.

(2) « Est et effectus sententiæ quod ubi transivit in rem judicatam, pro veritate habetur, et jus facit inter litigantes. » (Voet, lib. 42, tit. 1, n. 29.)

e 2145 coll'azione accordata a qualunque debitore dall'articolo 2161, e pone tra questa e quello una rilevantissima differenza. Col primo, secondo il parere di lui, il diritto dell'ipoteca viene ridotto ad alcuni immobili determinati, e tutti gli altri immobili restano liberati e sciolti dal vincolo dell'ipoteca legale ond'erano prima gravati; laddove colla sentenza, che è il risultato dell'azione promossa dal debitore coll'appoggio dell'articolo 2161, viene semplicemente ristretta l'accesa inscrizione, restando però integro e vivo il diritto dell'ipoteca generale su tutti i beni immobili del debitore (1). Io credo che gli accennati due rimedi tendano allo stesso scopo, e che uguali effetti derivino dall'uno e dall'altro. Ammette il Troplong che la disposizione dell'articolo 2161 fu dettata dall'affezione che porta il legislatore alla specialità, il quale perciò cerca di rendere speciali anche le ipoteche generali, quando ciò possa farsi senza pregiudizio dei diritti del creditore (2). A dir vero, il legislatore male avrebbe dimostrata la sua simpatia e il suo affetto per la specialità, quando si fosse contentato di dare in mano al debitore un rimedio atto soltanto ad ottenere la riduzione della inscrizione, e non quella del diritto dell'ipoteca generale, che della inscrizione è il fondamento e la base! Non può supporsi che il legislatore, il quale tanto favorisce le ipoteche legali delle mogli e dei minori, abbia accordato al marito e al tutore il diritto e il mezzo di ottenere la riduzione dell'ipoteca legale gravitante sui loro beni, ed abbia poi negato questo diritto ad un debitore gravato da una ipoteca giudiziale, volendo che questi debba contentarsi della sola riduzione della inscrizione. Non è la inscrizione che la veste e la forma del diritto d'ipoteca. Ripugna che il legislatore abbia voluto ridurre e restringere la forma, lasciando intatta la sostanza del diritto. Ripugna che la sentenza, onde viene accordata la riduzione reclamata dal debitore colla scorta dell'articolo 2161, possa avere lo

(1) « Dans le cas de l'art. 2161, l'hypothèque subsiste toujours; seulement elle sommeille, elle ne peut se manifester au dehors, sauf à reparaître ultérieurement s'il y avait nécessité absolue. Au contraire, dans le cas des art. 2143 et 2144, l'hypothèque est éteinte et les immeubles sont complétement affranchis. » (Art. 2161, n. 747.)

(2) « Si l'on recherche les motifs qui ont donné lieu aux dispositions de l'art. 2161, on les trouve aisément dans l'affection du législateur pour la spécialité. » (Art. 2161, n. 748.)

scopo di condannare al sonno e al letargo un diritto pieno di vita e di vigore, e che al creditore, il quale conserva integro e vivo il suo diritto d'ipoteca, sieno tolti i mezzi che ne lo rendevano efficace. Male argomenta il Troplong dalla disposizione dell'articolo 2164, il quale ha rapporto coll'antecedente articolo 2163, e si riferisce unicamente alle inscrizioni dei crediti eventuali, condizionali o indeterminati, a cui diede il creditore nelle note della inscrizione una eccessiva valutazione. In questo caso non viene ridotto il diritto d'ipoteca, ma semplicemente modificata la inscrizione quanto al valore. E appunto perchè il diritto d'ipoteca resta integro e intatto, nulla osta che il diritto stesso, che dalla sentenza non fu tocco, sia suscettivo di una nuova inscrizione modificante il valore attribuito al credito dalla ridotta inscrizione. Io tengo pertanto che nel caso dell'articolo 2161, ugualmente che in quelli degli articoli 2143 e 2144, la riduzione ordinata dal Tribunale importi la restrizione del gius d'ipoteca ai soli immobili indicati nella sentenza ed il pieno ed assoluto svincolamento di tutti gli altri. Al creditore, di cui fu ridotta l'inscrizione a determinati immobili, può solo accordarsi il diritto di chiedere un supplemento d'ipoteca coll'appoggio dell'articolo 2131, verificandosi le condizioni in detto articolo richieste.

1052. L'azione di cui ora si tratta è esplicitamente accordata dall'articolo 2161 al debitore. Non potrà dunque intentarsi nè dal terzo possessore, in favore del quale la legge introdusse il benefizio del giudizio di purgazione, nè dai creditori, a meno che questi non facciano uso della facoltà loro accordata dall'articolo 1166, giusta il quale i creditori possono esercitare tutti i diritti ed azioni del loro debitore (1). In ciò quest'azione differisce da quella onde si chiede la cancellazione di una inscrizione. Imperocchè tanto il terzo possessore quanto gli altri creditori hanno tutto il diritto di domandare la cancellazione di qualunque inscrizione illegalmente accesa o per un titolo estinto (2). Nel resto l'azione per la riduzione è subordinata alle regole di competenza stabilite nell'articolo 2159 per l'azione che si promuove per la cancellazione, e ciò perchè la riduzione è in sostanza una

(1) Troplong, art. 2161, n. 750.
(2) Zachariæ, § 281, note 3.

parziale cancellazione (1). E appunto perchè la riduzione è una parziale cancellazione non possono non applicarsi alla riduzione le disposizioni degli articoli 2157 e 2158 che determinano il modo onde le inscrizioni si cancellano. Se infatti la cancellazione totale si opera di consenso delle parti interessate o in vigore di una sentenza pronunciata in ultima istanza o passata in giudicato, anche la riduzione, che è una parziale cancellazione, sarà *volontaria* o *forzata*, e la sentenza che pone fine al giudizio promosso coll'azione accordata al debitore dall'articolo 2161, dovrà essere pronunziata in ultima istanza o passata in giudicato, perchè possa essere eseguita dal Conservatore (2); e così pure il debitore che dimanda la riduzione di una inscrizione dovrà deporre all'Ufficio del Conservatore copia dell'atto autentico contenente il consenso, o copia della sentenza (3).

Articolo 2162.

Sono considerate eccessive le inscrizioni che cadono sopra più fondi, quando il valore d'un solo o di alcuni di essi che sieno liberi, supera più d'un terzo l'importare del credito in capitale ed in legittimi accessorj.

SOMMARIO.

1053. Perchè una inscrizione possa considerarsi eccessiva, due condizioni devono verificarsi. L'una, che l'inscrizione cada sopra più fondi separati e distinti: l'altra, che il valore di uno solo o di alcuni dei fondi liberi del debitore superi più d'un terzo l'am-

(1) « La réduction d'une inscription est une radiation partielle de celle-ci. » (Zachariæ, § 281.)

(2) Zachariæ, § 281.

(3) Regolamento per gli Uffizi di Conservazione delle Ipoteche del 19 aprile 1806, art. 74, 77, 79. Veggasi la nota 1 sotto il n. 1015, non che la nota 1 sotto il n. 1032.

montare del credito in capitale ed in legittimi accessorii. Quali sono gli accessorii a cui accenna l'articolo 2162?

1054. Il diritto a domandare la riduzione deve essere aperto al debitore anche quando il credito è eventuale o indeterminato.

1053. L'articolo 2161 accorda al debitore l'azione atta ad ottenere la riduzione delle inscrizioni generali accese sopra più fondi oltre il bisogno per la cautela del creditore, ossia delle inscrizioni eccessive. Il presente articolo 2162 determina le condizioni che devono verificarsi, affinchè una inscrizione possa considerarsi eccessiva, e dar luogo alla detta azione. Due sono queste condizioni. La prima, di cui abbiamo già parlato più sopra (1), importa che l'inscrizione cada sopra più fondi separati e distinti. La seconda si è che il valore di uno solo o di alcuni dei fondi liberi del debitore superi più d'un terzo l'ammontare del credito in capitale ed in legittimi accessorii. Sebbene siano chiarissime le parole della legge, pure gl'Interpreti Francesi non si trovano d'accordo nel modo di valutare l'eccesso. Il Troplong, supposto che un creditore abbia un'inscrizione generale per un credito di 60 mila lire, dice che il debitore potrà pretendere la riduzione sì veramente che uno o alcuni dei fondi gravati superino il valore di lire 90 mila (2). Il Duranton al contrario, supposto lo stesso caso di un credito inscritto di lire 60 mila, afferma che il debitore avrà diritto di chiedere la riduzione, quando uno o alcuni dei fondi colpiti dalla inscrizione abbiano un valore maggiore di lire 80 mila (3). Mi pare da seguirsi il calcolo del Duranton, al quale, del resto, s'attengono la maggior parte degli Interpreti (4). È troppo evidente che il terzo, di cui parla l'ar-

(1) N. 1048.

(2) « Ainsi, une créance de 60,000 francs pourra frapper de ses inscriptions des immeubles différens valant ensemble 90,000 francs. Ce n'est qu'autant que les biens hypothéqués vaudraient plus de 90,000 francs, qu'on pourrait demander la réduction. » (Art. 2162, n. 771.)

(3) « D'après cela, et en supposant que les biens ne fussent pas sujets à dépérissement, par conséquent qu'ils valussent 150,000, et que la créance, capital et accessoires légaux, ne s'élevât qu'à 60,000 fr. seulement, il y aurait lieu à restriction; car, dans ce cas, le créancier ne peut exiger de sûretés que pour 60,000 fr. et le tiers en sus de cette somme. » (Liv. 3, tit. 18, n. 211, tome XI.)

(4) Troplong, Commentaire des Commentaires, art. 2162, n. 771, note 2, pag. 196, tome II, Bruxelles 1849.

ticolo 2162, è il terzo del credito. Dato dunque un credito di lire 60,000, il debitore potrà domandare con buon diritto la riduzione, quando uno o alcuni dei fondi superino l' ammontare del credito di oltre 20 mila lire, ossia abbiano un valore maggiore di lire 80 mila, essendo 20 mila il terzo di 60 mila. Gli accessorj poi del credito, che del credito stesso elevano il valore, sono gl' interessi del triennio, a cui l' articolo 2151 accorda lo stesso grado del capitale, ed inoltre l' ammontare delle spese valutate approssimativamente nelle note della inscrizione (1).

1054. E se il credito sarà eventuale o indeterminato, anche in questo caso il diritto a domandare la riduzione deve essere aperto al debitore. E infatti o al credito eventuale e indeterminato fu data una valutazione dal creditore nelle note della inscrizione nel modo stabilito dagli articoli 2132 e 2148 n° 4, e allora, potendosi fare il confronto tra il valore di uno o di alcuni dei fondi gravati dalla ipoteca generale col valore attribuito al credito eventuale nelle note della inscrizione, il diritto alla riduzione può esercitarsi nel modo stesso in cui si può pretendere dal debitore di una somma certa e determinata. O nelle note della inscrizione non fu dal creditore attribuito alcun valore al credito eventuale, o indeterminato, come avviene appunto nel caso delle ipoteche legali (2), e anche in questo caso si dovrà concedere al debitore il benefizio della riduzione, quando l' inscrizione generale sui suoi beni ecceda notoriamente le sicurezze sufficienti per garantire il creditore. Imperocchè se l' articolo 2143 accorda al tutore, nel caso in cui l' ipoteca generale sui suoi immobili ecceda notoriamente le sicurezze sufficienti per cautelare la sua amministrazione, il diritto di domandare che l' ipoteca stessa sia ristretta agli immobili atti a produrre una piena garanzia a favore del minore, lo stesso diritto non può non competere a qualunque altro debitore, i cui beni sieno gravati da una inscrizione generale per garanzia di un credito eventuale, condizionale o indeterminato, qualunque volta una tale inscrizione generale ecceda notoriamente le sicurezze sufficienti alla garanzia del creditore, e ciò in forza del principio stabilito nella L. 12, D. *De legibus :* « Quum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is,

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 210.
(2) Art. 2153, n. 3.

qui jurisdictioni præest, ad similia procedere atque ita jus dicere debet » (1).

Articolo 2163.

Possono altresì come eccessive ridursi le inscrizioni fatte a seconda della valutazione data dal creditore ai crediti i quali, per quanto riguarda l'ipoteca da stabilirsi per la loro sicurezza, non sono stati determinati da alcuna convenzione, e sono di loro natura condizionali, eventuali o indeterminati.

SOMMARIO.

1055. Una inscrizione può essere in due modi ridotta, o quanto ai fondi, o quanto alla somma. L'articolo 2163 accorda al debitore il diritto di domandare la riduzione delle inscrizioni dei crediti eventuali o indeterminati, a cui il creditore attribui nelle note della inscrizione un valore esorbitante ed eccessivo. Si rigetta la spiegazione data dal Troplong all'articolo 2163. La riduzione, a cui accenna l'articolo 2163, compete anche nel caso delle ipoteche convenzionali, che sono di loro natura speciali. È però necessario che il valore dato nella inscrizione al credito incerto od eventuale non sia stato già per convenzione determinato.

1056. Se una inscrizione è per doppio titolo eccessiva, il debitore deve attenersi alle combinate disposizioni degli articoli 2161, 2162, 2163 e 2164.

1055. Una inscrizione può essere in due modi ridotta, o quanto ai fondi, o quanto alla somma. Nel primo caso, resta fermo il valore della inscrizione, la quale di generale si fa speciale sopra alcuni immobili determinati, ai quali viene ristretta. Nel secondo, tutti gl'immobili rimangono come prima dalla inscrizione colpiti, la quale viene limitata a somma minore (2). Del

(1) Zachariæ, § 281.
(2) Zachariæ, § 281. — Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 213, tome XI.

primo modo di riduzione parlano gli articoli 2161 e 2162. Del secondo gli articoli 2163 e 2164. Il Troplong fa dell'articolo 2163 un'erronea interpretazione. Egli dice, che con una tale disposizione il legislatore mirò unicamente a torre il dubbio a cui poteva dar luogo l'articolo 2161, se il benefizio della riduzione a determinati immobili di una inscrizione generale fosse altresì applicabile alle inscrizioni accese per un credito eventuale o indeterminato, e che perciò uguali diritti ed effetti derivano dall'uno e dall'altro articolo, ciascuno dei quali accorda il diritto al debitore di domandare la restrizione a determinati immobili di una inscrizione sproporzionata al valore dei fondi gravati (1). Le parole e lo spirito dell'articolo 2163 non consentono questa interpretazione. L'articolo 2161 parla della riduzione delle inscrizioni che cadono sopra più fondi oltre il bisogno *per la cautela dei crediti.* Questa disposizione è generale, e comprende tanto le inscrizioni dei crediti certi e determinati, quanto quelle dei crediti incerti, eventuali o indeterminati. Inutile quindi sarebbe la disposizione dell'articolo 2163, se a questa dovesse darsi la spiegazione del Troplong. Quando si tratta di limitare una inscrizione generale a determinati immobili, gli articoli 2161 e 2162 provvedono all'interesse del debitore, qualunque sia il credito o certo e liquido, o incerto e indeterminato. La disposizione dell'articolo 2163 trova la sua spiegazione negli articoli 2132 e 2148. Prescrive il primo, accennando alle ipoteche convenzionali, che se il credito risultante dalla obbligazione è condizionale relativamente alla sua esistenza, o indeterminato pel suo valore, il creditore non potrà chiedere l'inscrizione che sino alla concorrenza d'un valore giusta la stima ch'egli espressamente dichiarerà. Dispone il secondo, che il creditore nelle note della inscrizione deve indicare l'importo dei crediti capitali espressi nel titolo, o valutati dall'inscrivente stesso riguardo alle rendite ed alle prestazioni, o ai diritti even-

(1) « Prenons garde à une chose; c'est que notre article ne parle pas ici de l'exagération à laquelle le créancier aurait pu se livrer en évaluant dans l'inscription la valeur de la créance. Cette exagération de chiffres ne pourrait donner lieu qu'à une rectification dans l'inscription. Mais il s'occupe de l'exagération dans la multiplicité des inscriptions prises pour sûreté d'une créance indéterminée. C'est l'assiette de l'hypothèque qu'il envisage. » (Troplong, art. 2163, n. 772.)

tuali, condizionali o indeterminati. La valutazione dei crediti incerti, condizionali, o indeterminati è lasciata all' arbitrio e alla discrezione del creditore. E siccome questi abusar potrebbe di una tale facoltà dando al credito un valore eccessivo ed esorbitante, così la legge colla disposizione dell' articolo 2163 viene in soccorso del debitore, accordandogli il diritto di domandare la riduzione del valore attribuito nelle note dell' inscrizione al credito condizionale, eventuale o indeterminato. Il citato articolo 2132 non si limita a disporre che il creditore non potrà chiedere l' inscrizione del credito condizionale o indeterminato che sino alla concorrenza d' un valore giusta la stima ch' egli dichiarerà, ma aggiunge che il debitore avrà ragione di far ridurre il valore attribuito alla inscrizione, *se vi sarà luogo*. Queste parole, *se vi sarà luogo,* sono l' addentellato che lega la disposizione del detto articolo con quelle degli articoli 2163 e 2164. Colle quali viene appunto consacrato il diritto del debitore di domandare la riduzione di una inscrizione di un credito eventuale o indeterminato eccessiva quanto al valore alla medesima attribuito, non che stabilita la regola misuratrice dell' eccesso (1). E perchè l' azione accordata dall' articolo 2161 tende ad uno scopo diverso da quello a cui mira l' altra concessa dall' articolo 2163, diversi ancora sono i casi in cui l' una o l' altra può esercitarsi. Il risultato della prima essendo la riduzione di una inscrizione ai soli immobili sufficienti alla garanzia del creditore, compete perciò nel solo caso di una inscrizione generale, o legale o giudiziale, e non può mai esercitarsi quando si tratta di una ipoteca convenzionale (2). Al contrario, chiedendo colla seconda il debitore una semplice modificazione del valore attribuito dal creditore alla inscrizione di un credito condizionale, eventuale o indeterminato, compete questa qualunque volta il creditore abusò della facoltà lasciatagli dalla legge e diede al credito nelle note della inscrizione un valore esorbitante ed eccessivo, qualunque sia del resto la natura dell' ipoteca inscritta, o generale o speciale, o legale, o giudiziale o convenzionale (3). Ma se il valore dato nella inscrizione al credito incerto o condizionale fu per convenzione determinato fra il debitore e il creditore, in questo caso è chiusa

(1) Duranton, liv. 3, tit 18, n. 213, tome XI.
(2) Zachariæ, § 281, n. 1.
(3) Zachariæ, § 281, n. 2.

la via allo stesso debitore di domandarne la riduzione, perchè questo diritto è dall'articolo 2163 accordato al debitore quando i crediti di loro natura condizionali, eventuali o indeterminati non furono determinati da alcuna convenzione (1).

1056. Può darsi ancora che una inscrizione sia doppiamente eccessiva, e perchè colpisca più fondi oltre il bisogno per la cautela del creditore, e perchè questi abbia dato nelle note al credito condizionale o indeterminato una esorbitante valutazione. In questo caso il debitore dovrà attenersi alle combinate disposizioni degli articoli 2161, 2162, 2163 e 2164 (2).

Articolo 2164.

L'eccesso in questo caso è rimesso all'arbitrio del Giudice, il quale, a norma delle circostanze, delle probabilità di evento e delle presunzioni di fatto, procura di conciliare le ragioni verosimili del creditore con i riguardi di conservare libera al debitore una sostanza proporzionata; senza pregiudizio delle nuove inscrizioni con ipoteca eseguibili dal giorno della loro data, quando l'evento avrà fatto ascendere il credito indeterminato ad una somma maggiore.

SOMMARIO.

1057. Quando il debitore dimanda la riduzione di una inscrizione di un credito eventuale o indeterminato eccessiva quanto al valore attribuitole dal creditore, la misura dell'eccesso è rimessa all'equo e prudente arbitrio del Tribunale. Se la liquidazione definitiva del credito eventuale fa salire il medesimo ad una somma superiore a quella della inscrizione ridotta dal Tribu-

(1) Maleville, Anal. rais., tome IV, art. 2163.
(2) Zachariæ, § 281, n. 3.

nale, il creditore per la somma che costituisce la differenza fra il credito liquidato e il valore della inscrizione ridotta può prendere una nuova inscrizione da misurarsi dalla sua data.

1057. La legge lascia la facoltà al creditore di attribuire nelle note della inscrizione un valore approssimativo ai crediti eventuali, condizionali o indeterminati (1). E appunto perchè il creditore, che è parte interessata, può abusare di una tale facoltà dando al credito una valutazione eccessiva ed esorbitante, l'equità del legislatore volendo conciliare l'interesse del credito del debitore colla sicurezza del creditore, lasciò aperta al primo l'azione per domandarne la riduzione. E nel conflitto dei due opposti interessi la giustizia ed equità domandavano che la valutazione dell'incerto credito subordinato a future contingenze fosse rimessa all'arbitrio imparziale del Magistrato, ossia che l'arbitrio prudente e disinteressato del Magistrato fosse sostituito al capriccio dell'indiscreto creditore. In questo caso la estensione della ipoteca non soffre alcuna alterazione o modificazione, e la riduzione è tutta sul valore eccessivo della inscrizione che il Tribunale, uso facendo dell'equo arbitrio concessogli dall'articolo 2164, restringe a minor somma. E rimanendo ferma l'inscrizione, comecchè ridotta a somma più tenue, su tutti gli immobili che prima della riduzione erano gravati, se gli avvenimenti futuri ed incerti, da cui dipendeva la liquidazione del credito incerto e indeterminato, fanno salire il medesimo ad una somma superiore a quella della inscrizione ridotta dal Tribunale, il creditore non può essere impedito dall'esercitare per la quantità intera del credito il suo gius d'ipoteca. Se non che per la somma che costituisce la differenza tra il valor vero del credito liquidato e l'ammontare della ridotta inscrizione, il creditore non può di questa valersi, in quanto che al sistema della pubblicità ripugna che un creditore possa giovarsi della sua ipoteca al di là della somma portata dalla inscrizione, e deve perciò accendere una nuova inscrizione, il cui grado si misurerà dalla sua data. Verificandosi perciò questo caso, il creditore per lo stesso credito otterrà due gradi distinti, appoggiato l'uno alla prima inscrizione per la somma ridotta dal Tribunale, e l'altro alla nuova

(1) Art. 2132, 2148, n. 4.

accesa inscrizione per la somma onde il credito liquidato supera ed eccede il valore della ridotta inscrizione (1).

Articolo 2165.

Il valore degli immobili di cui deve istituirsi il conguaglio con l' ammontare dei crediti accresciuto di più del terzo, si determina col moltiplicare quindici volte il valore della rendita risultante dalla matrice dei ruoli della contribuzione fondiaria, o dalla quota di contribuzione sui ruoli, secondo la proporzione che esiste nei Comuni ove sono situati i beni fra questa matrice o quota e la rendita degl' immobili non soggetti a deperimento, e di dieci volte questo valore per gl' immobili che vi sono soggetti. Non ostante potranno i Giudici prevalersi ancora degli schiarimenti che possono desumersi da' contratti di locazione non sospetti, dai processi verbali di stima che si fossero precedentemente stesi in epoche non remote, e da altri atti simili, e valutare la rendita alla media proporzione dei resultati di queste diverse notizie.

SOMMARIO.

1058. Nel caso di una azione promossa dal debitore per la riduzione di una inscrizione generale, il legislatore nell' articolo 2165 fissa le norme a cui devono attenersi i Giudici per conoscere il valore dei fondi ipotecati, senza bisogno di ricorrere al giudizio dei Periti.

1059. Tutte le disposizioni relative alla cancellazione e riduzione delle inscrizioni contenute nel capo V del Codice Napoleone sono ri-

(1) Persil, art. 2164.

1058. Nel giudizio promosso da un debitore coll'appoggio degli articoli 2161 e 2162 per la riduzione di una inscrizione generale deve istituirsi un confronto tra l'ammontare del credito inscritto e il valore di uno o di alcuni degli immobili gravati. Il giudizio dei Periti è il modo ordinario onde viene determinato il valore dei fondi. Ma questa maniera torna a grave dispendio delle parti interessate, e non volendo perciò il legislatore alla necessità delle tasse, onde devono retribuirsi le operazioni degli architetti ed ingegneri, sottoporre il povero debitore che invoca il benefizio della riduzione di una inscrizione generale, stabilisce nell'articolo 2165 altre norme particolari, alle quali senza bisogno di ricorrere al giudizio dei Periti devono attenersi i Giudici per conoscere e determinare il valore dei fondi.

1059. Tutte le disposizioni relative alla cancellazione e riduzione delle inscrizioni contenute nel capo V del Codice Napoleone sono ripetute senza modificazioni nel capo V del Titolo XIX del Codice delle Due Sicilie.

1060. Il Codice di Parma ripete nell'articolo 2245 la disposizione dell'articolo 2157 del Codice Napoleone, ma a togliere i dubbi che si sono fatti dagli Interpreti del Diritto Francese intorno alla capacità delle persone, che danno l'assenso alla cancellazione di una inscrizione, dichiara, che sono capaci a prestare un tale assenso tutti quelli che hanno la libera amministrazione de' loro beni; che gli amministratori degli altrui ne sono capaci,

quando esigono realmente il credito, del quale fu fatta la notificazione; e che in ogni altro caso essi debbono esservi autorizzati con ordinazione del Pretore o delle autorità competenti (1). Nel resto cogli articoli 2246, 2247 e 2248 ripete in sostanza le disposizioni degli articoli 2158, 2159 e 2160 del Codice Napoleone.

E quanto alla riduzione delle inscrizioni, si questiona tra gli Interpreti Francesi, se la disposizione dell'articolo 2161 del Codice Napoleone sia applicabile alle sole ipoteche giudiziali, oppure tanto alle giudiziali, quanto alle legali (2). Il Codice di Parma tolse questo dubbio coll'articolo 2208, il quale dichiara che le notificazioni fatte *per le ipoteche giudiziali, e per le legali*, che si estendono ai beni presenti e futuri del debitore, potranno essere per sentenza del Tribunale cancellate in quella parte che eccede la conveniente proporzione. Ripetendo poi la disposizione dell'articolo 2162 del Codice Napoleone prescrive nell'articolo 2209 che sono considerate eccessive le notificazioni che cadono sopra più fondi, quando il valore d'un solo, o di alcuni di essi che sieno liberi, supera per più d'un terzo il montare del credito in capitale e nei legittimi accessorii, di cui negli articoli 2216, 2217 e 2218.

Il Troplong giudicando non potersi applicare la disposizione dell'articolo 2161 del Codice Napoleone ai crediti eventuali, condizionali e indeterminati pensa che il legislatore con quella dell'articolo 2163 volle estendere anche alle inscrizioni generali accese a garanzia dei detti crediti il benefizio della riduzione a determinati immobili contemplato nell'articolo 2161 (3). Ma una tale opinione già da me confutata (4) trova un ostacolo insuperabile nelle chiare parole dell'articolo 2163, le quali accennano evidentemente

(1) L'art. 12 del Sovrano Decreto 19 luglio 1821, n. 76 dispone: « Le notificazioni eseguite a favore delle pubbliche Amministrazioni, de' pubblici Stabilimenti e delle Opere delle Chiese non potranno essere cancellate senza previo acconsentimento della Presidenza da cui l'Amministrazione o lo Stabilimento dipende. L'atto ne sarà in carta bollata della seconda dimensione e verrà sottoposto al Controllo. Una copia parimente in carta bollata ne sarà depositata all'Uffizio della Conservazione: tutte le spese da farsi a quest'uopo staranno a carico della Parte a cui profitto ritorna la cancellazione. »

(2) N. 1042.

(3) Troplong, art. 2163, n. 772.

(4) N. 1055.

non alla riduzione di una inscrizione generale a determinati immobili, ma invece alla semplice riduzione del valore attribuito dal creditore nelle note della inscrizione ai crediti eventuali, condizionali e indeterminati. Il benefizio della riduzione a determinati immobili, quando si tratta di crediti eventuali, condizionali e indeterminati, non può invocarsi secondo i principj del Codice Napoleone, come fu più sopra osservato (1), se non si generalizza colla interpretazione estensiva la disposizione dell' articolo 2143, che accorda il benefizio della riduzione al tutore, quando l'ipoteca generale inscritta eccede notoriamente le sicurezze sufficienti per cautelare il creditore. Il Codice di Parma non ha lasciato luogo a questo dubbio. Imperocchè colla disposizione dell' articolo 2210 estende espressamente anche alle notificazioni dei crediti condizionali, eventuali o indeterminati il benefizio della riduzione accordato coll' articolo 2208 (2).

Ad un altro grave dubbio lasciò luogo il Codice Napoleone, ed è se la riduzione domandata coll' appoggio dell' articolo 2161 porti assolutamente ed irrevocabilmente lo svincolamento di una parte degli immobili colpiti dalla inscrizione generale, oppure se il creditore possa accendere una nuova inscrizione anche sui beni, dai quali fu cancellata la inscrizione, qualunque volta imprevedute circostanze rendono insufficiente la garanzia limitata dalla sentenza del Tribunale (3). Il Codice di Parma avendo colle ultime parole del citato articolo 2210 riservato al creditore il diritto di fare nuove notificazioni nel solo caso che sia stata con sentenza ridotta a determinati immobili la inscrizione generale di un credito condizionale, eventuale, o indeterminato, è chiaro ed evidente che nel caso che la riduzione abbia avuto per oggetto un credito certo e determinato, sarà assoluta ed irrevocabile, ed il

(1) N. 1054.

(2) « Se i crediti, di cui nell' art. 2208, sono di loro natura condizionali, eventuali, o indeterminati, il conoscere dell' eccesso della notificazione è rimesso all' arbitrio del Tribunale, il quale a norma delle circostanze, delle probabilità di evento, e delle presunzioni di fatto, procura di conciliare le sicurezze sufficienti per cautelare le ragioni verisimili dei creditori coi riguardi di conservar libera ai debitori una sostanza proporzionata, e ciò senza pregiudizio delle nuove notificazioni con ipoteca efficace dal giorno della loro data, quando l' evento avrà fatto ascendere il credito indeterminato ad una somma maggiore. » (Cod. di Parma, art. 2210.)

(3) N. 1051.

creditore non potrà valersi della accennata riserva applicabile al solo caso contemplato dal legislatore.

Quanto poi al modo di determinare il valore degli immobili, di cui deve istituirsi il confronto colla somma dei crediti, il Codice di Parma ripete nell'articolo 2211 la disposizione dell'articolo 2165 del Codice Napoleone.

Gl'Interpreti del Diritto Francese questionano, se il benefizio della riduzione concesso al debitore dall'articolo 2161 sia applicabile altresì all'ipoteca costituita per convenzione sui beni futuri nel caso accennato dall'articolo 2130 (1). Un dubbio di simil genere non poteva nascere dalla disposizione dell'articolo 2208 del Codice di Parma, come quello che contempla specialmente le notificazioni fatte *per le ipoteche giudiziali, e per le legali.* Siccome però il Codice di Parma distingue l'ipoteca convenzionale in *generale* e *speciale* (2), e all'ipoteca convenzionale generale dà eguale estensione che all'ipoteca legale e giudiziale; così anche al debitore colpito da una ipoteca convenzionale generale estende colla disposizione dell'articolo 2212 il benefizio della riduzione (3).

Nel caso di divisione di un patrimonio il Codice di Parma colla disposizione dell'articolo 1344 (4) obbliga le mogli dei con-

(1) N. 1045.

(2) Art. 2183.

(3) « Ogni qualvolta le notificazioni fatte da un creditore, il quale a termine della convenzione avrebbe diritto d'ipoteca o sopra tutti i beni presenti, o sui beni presenti e futuri del suo debitore, cadranno sopra più fondi oltre il bisogno per la sicurezza del creditore, avrà il debitore azione, perchè siano cancellate in quella parte che eccede la conveniente proporzione. — In questo caso però le notificazioni che cadono sopra più fondi non saranno considerate eccessive, se non quando il valore di un solo, o di alcuno di essi superi più d'una metà in beni liberi il montare del credito in capitale ed in legittimi accessorj. — Se il credito sia di sua natura condizionale, eventuale, o indeterminato, e non sia stato determinato nella convenzione, il conoscere dell'eccesso della notificazione è rimesso all'arbitrio del Tribunale, come si è detto nell'articolo 2210. » (Art. 2212.)

(4) « Nelle divisioni però di un patrimonio generalmente ipotecato a cauzione delle doti, o di altri diritti nuziali, potrà la moglie di un condividente, o la vedova di lui essere obbligata a restringere la sua ipoteca alla parte che perverrà al marito, o agli eredi di lui, sempre che questa parte offra alla medesima una bastevole garanzia. — Potrà egualmente

dividenti a restringere e trasportare le loro ipoteche; e nell'articolo 2213 prescrive che quando nella divisione di un patrimonio vi sia luogo giusta il citato articolo 1344 a restringere, o trasportare l'ipoteca, sia questa giudiziale, o legale, o convenzionale, la garanzia dei creditori deve essere dal Tribunale determinata coll'attenersi ai principj ed ai calcoli stabiliti negli articoli 2209, 2210 e 2211.

1061. Non sono intorno al cancellamento ed alla riduzione delle inscrizioni molto diverse dalle disposizioni del Codice Napoleone quelle del Regolamento Ipotecario Pontificio del 10 novembre 1834. Il quale, premesso nel § 220 che la riduzione delle inscrizioni è un parziale cancellamento delle medesime, limitato a quei fondi che danno al creditore una cautela eccedente e non proporzionata al suo credito ipotecario, dichiara nel § 222 che le inscrizioni potranno essere ridotte o totalmente cancellate, sia per consenso espresso del creditore risultante da un atto pubblico, sia per sentenza del Tribunale. E quanto alla riduzione ed alla cancellazione volontaria, sciogliendo le principali questioni già sopra accennate (1), a cui lasciaron luogo le troppo vaghe e generali espressioni dell'articolo 2157 del Codice Napoleone intorno alla capacità legale delle persone che danno il loro assenso alla riduzione o cancellazione di una inscrizione, dispone nel § 223 che « se il creditore non ha la libera facoltà di contrattare e disporre delle sue sostanze, il consenso per la riduzione o pel cancellamento non sarà valido che allorquando sia prestato nelle forme solenni prescritte dalla legge; » e che « qualora insorga dubbio sulla capacità delle persone, il consenso delle medesime non avrà effetto fintantochè non viene omologato dal Tribunale, e la sentenza da proferirsi non si trovi in istato eseguibile; nel § 224 che « il consenso per la riduzione o cancellamento delle inscrizioni che conservano le ipoteche pei crediti delle Chiese, Capitoli ed altri Luoghi Pii, sarà omologato con rescritti degli Ordinarj, o della Sacra Congregazione de' Vescovi e Regolari, avuto riguardo alle som-

e sotto la medesima condizione essere obbligata la moglie a consentire il trasporto dell'ipoteca sopra i fondi, che vengano in divisione assegnati al marito, o a' suoi eredi, ogni qualvolta il fondo, che era specialmente ipotecato per cauzione della dote e de' lucri nazionali, ricada in porzione ad uno degli altri condividenti. » (Art. 1344.)

(1) N. 1016, 1017, pag. 7.

me de' crediti rispettivi; con rescritti della Sacra Congregazione degli Studj per le inscrizioni che conservano le ipoteche a profitto del suo patrimonio, o degli stabilimenti da essa dipendenti; con deliberazioni de' Presidi delle provincie e loro congregazioni governative per le inscrizioni che conservano le ipoteche dei crediti provinciali e comunali; con deliberazioni del Prelato Tesoriere e suo Consiglio Fiscale per le inscrizioni che conservano le ipoteche a profitto del Pubblico Erario; » e finalmente nel § 225 che « se risulta da un atto pubblico stipulato nelle forme richieste dalla legge la estinzione o la quietanza del credito inscritto, il consenso pel cancellamento si ritiene come un atto necessario; » e che « non vi sarà bisogno di alcuna solennità perchè le donne, ed i tutori e curatori de' pupilli, de' minori e degli interdetti possano validamente prestarlo. »

Quanto alla riduzione forzata, dispone nel § 226 che « il Tribunale può ordinare che si riducano le inscrizioni eccessive, quando trattasi d' ipoteche generali che derivano dalla legge o dai giudicati. » E considera eccessive giusta il § 221 le inscrizioni « che colpiscono più fondi, quando il valore di un solo o di alcuni di essi, o intieramente liberi, o detratti i pesi, vincoli ed altre ipoteche, supera per più di una metà il montare del credito in capitale e ne' legittimi accessorj. » Contemplando poi il caso che i diritti del creditore sieno eventuali, condizionali, o indeterminati, rimette colla disposizione del § 227 al prudente arbitrio del Tribunale il conoscere dell' eccesso della inscrizione, tanto in ordine al valore estimativo attribuito al credito eventuale, condizionale o indeterminato, quanto in ordine al valore de' fondi in essa compresi, affinchè, a norma delle circostanze, delle probabilità dell' evento, e delle presunzioni di fatto, procuri di conciliare la sicurezza e le cautele sufficienti pe' diritti verosimili de' creditori col riguardo di conservare libera al debitore una sostanza proporzionata. Dichiara però nella seconda parte dello stesso § 227 che « se l' evento posteriore pei casi impreveduti facesse ascendere il credito indeterminato ad una somma maggiore di quella a cui viene ridotta la inscrizione, ovvero, se il valore de' fondi venisse a diminuirsi, potrà il creditore fare istanza al Tribunale per essere abilitato a cautelarsi con una nuova inscrizione, la quale non sarà efficace che dalla sua data ».

Prescrive il Codice Napoleone nella seconda parte dell' arti-

colo 2161 che la disposizione dello stesso articolo, come quella che riguarda le sole ipoteche generali, non è applicabile alle ipoteche convenzionali che sono di loro natura speciali. Anche il Regolamento Ipotecario Pontificio stabilisce nel § 228 che « le inscrizioni delle ipoteche speciali convenute per somma determinata non potranno ridursi che per nuovo contratto delle parti. » Dichiara però che « il Tribunale potrà ordinarne la riduzione nel solo caso che venisse estinta una parte del credito ipotecario. »

Ho accennato più sopra il dubbio che si fa da alcuni Interpreti, se la riduzione possa domandarsi, quando uno solo sia il fondo colpito dalla ipoteca generale. Questo dubbio è stato tolto dal lodato Regolamento colla disposizione savissima del § 229, il quale prescrive che « la riduzione non potrà essere ordinata allorchè la ipoteca, quantunque generale, colpisce in realtà un solo fondo; salvo il caso che questo fondo si dividesse legalmente in più porzioni, delle quali ciascuna formasse un immobile separato. »

Secondo l'articolo 2165 del Codice Napoleone il Tribunale desume il valore degl'immobili, di cui deve istituirsi il conguaglio con l'ammontare dei crediti, dalla loro rendita da verificarsi coi dati e colle norme in detto articolo stabilite, col quale si volle escluso il mezzo delle stime dei Periti in vista forse della spesa soverchia a cui queste danno luogo (1). Il Regolamento Pontificio per determinare il valore degl'immobili nel giudizio promosso per la riduzione di una inscrizione eccessiva ammette anche il mezzo delle stime dei Periti. Dispone pertanto nel § 230 che « il valore degli immobili di cui si deve istituire il confronto con la somma de' crediti per eseguire la riduzione, si determina o con le stime legali che si fossero fatte precedentemente in tempo prossimo, o con la prova egualmente legale dell'annuo reddito, anche desunta da precedenti contratti di locazione, formandone il capitale alla ragione del cinque per cento; o finalmente, in mancanza di questi mezzi, dalle stime giudiziali che saranno fatte dai Periti. »

Quanto finalmente alla forzata cancellazione delle inscrizioni il lodato Regolamento Pontificio ripetendo in sostanza la disposizione dell'articolo 2160 del Codice Napoleone prescrive nel § 231 che « il

(1) Troplong, art. 2165, n. 774.

totale cancellamento delle inscrizioni sarà ordinato dal Tribunale: 1° quando siano mancanti delle forme richieste dalla legge sotto pena di nullità; 2° quando non siano appoggiate nè alla legge, nè ad un titolo, ovvero siano fatte in virtù di un titolo nullo, irregolare, od estinto; 3° quando consta che il diritto d' ipoteca, per qualunque causa legittima, è estinto, o cessato. » Contemplando poi il caso che in una medesima inscrizione abbiano interesse più creditori, alcuni de' quali validamente consentano, ed altri non consentano al cancellamento, dichiara nel § 232 che « il Tribunale dovrà decidere se, e da quali fondi la inscrizione debba o non debba cancellarsi. »

Secondo l' articolo 2157 del Codice Napoleone, il Conservatore non può procedere alla cancellazione di una inscrizione, se non coll' appoggio di un atto autentico contenente il consenso del creditore, o di una sentenza, quando anche sia provata irrefragabilmente la estinzione del titolo dalla ipoteca garantito (1). Ma allontanandosi saviamente da questo rigore, il Regolamento Pontificio dispone nel § 233 che « non v' è bisogno di sentenza del Tribunale per eseguire il cancellamento delle inscrizioni che riguardano annue rendite vitalizie, quando il titolare di tali rendite è defunto; » che « il Conservatore è abilitato a cancellarle presso il deposito che verrà fatto nel suo Uffizio della fede di morte e di un atto comprovante che la rendita fu pagata, l' uno e l' altro in forma legale; » che « le ipoteche giudiziali si ritengono come risolute, allorchè le sentenze da cui derivano, siano annullate o rivocate ; » che « la sentenza revocatoria passata in cosa giudicata potrà servire di titolo sufficiente al Conservatore per cancellare la inscrizione ; » e che « i decreti esecutivi dei rescritti proferiti dal Tribunale Supremo di Segnatura, in ordine all' an-

(1) « Ainsi, dans tous les cas où le droit hypothécaire ne peut plus subsister, il ne suffit pas de prouver cette extinction au Conservateur pour obtenir la radiation, il faut en outre lui rapporter le consentement des créanciers, ou un jugement qui prononce cette radiation. C'est d'après ces principes que les Ministres des finances et de la justice ont pensé que si un jugement n'était pas absolument indispensable, comme semblerait l'exiger l'art. 2160, pour obtenir la radiation d'une inscription prise pour une rente viagère éteinte, il fallait toujours produire l'acte en bonne forme, qui établit le droit, la qualité et le consentement des héritiers du titulaire de la rente viagère. — Instruction ministérielle du 17 novembre 1807. » (Grenier, tome II, n. 529.)

nullamento, equivalgono a cose giudicate; » e infine che « si ritengono egualmente come risolute le ipoteche convenzionali, quando costa da un atto pubblico, stipulato fra persone le quali abbiano libera potestà di contrattare, che il credito fu estinto; » e che « il Conservatore sulla istanza della parte che presenti l'atto in forma autentica è in facoltà di procedere al cancellamento. »

Non sono in sostanza diverse dalle disposizioni degli articoli 2157, 2158, 2159 del Codice Napoleone quelle dei § 234, 235, 236, 337 del Regolamento Pontificio riguardanti i requisiti della sentenza, di cui si domanda al Conservatore la esecuzione, la competenza del Tribunale, avanti il quale può intentarsi il giudizio per la forzata riduzione o cancellazione di una inscrizione, e finalmente il deposito all'Uffizio del Conservatore dei documenti, che servono di fondamento alla fattagli dimanda (1).

Ho discussa più sopra (2) la questione che si fa dagli Interpreti del Diritto Francese intorno agli effetti da attribuirsi alla cancellazione eseguita coll'appoggio di una sentenza che viene

(1) « Eccettuato il caso a cui si riferisce la seconda parte del § 223, non potrà eseguirsi la riduzione od il cancellamento in virtù di una sentenza, se la medesima non sia passata in cosa giudicata. — La esecuzione della cosa giudicata non è impedita dal ricorso al Tribunale Supremo di Segnatura. » (§ 234.)

« Il Tribunal civile competente per ordinare le riduzioni o i cancellamenti è quello indicato dalle leggi di procedura per le azioni relative al Sistema Ipotecario. — Se per altro la inscrizione sia fatta in seguito di una condanna eventuale o indeterminata, sulla di cui esecuzione o liquidazione sia pendente giudizio in primo grado tra il creditore ed il debitore innanzi un altro Tribunal civile, la istanza per la riduzione sarà giudicata da questo medesimo Tribunale. » (§ 235.)

« Sarà valida la convenzione delle parti per la quale siasi stabilito che, in caso di controversia, la dimanda per la riduzione o cancellamento si proponga al giudizio degli arbitri; ma non potrà eseguirsi il cancellamento o la riduzione, se la sentenza degli arbitri non sarà dichiarata esecutiva dal Tribunale competente. » (§ 236.)

« Per ottenere la riduzione o il cancellamento, la parte, che richiede l'una o l'altro, dovrà depositare nell'Uffizio del Conservatore la copia autentica dell'atto pubblico o della sentenza in forma esecutiva: se la medesima non fu proferita in ultima istanza, dovrà inoltre depositare un certificato del Cancelliere, da cui risulti che l'appello non è interposto, o proseguito nei termini prescritti dalla legge per l'effetto della perenzione, ovvero che l'appellante vi abbia rinunziato. » (§ 237.)

(2) N. 1022, pag. 13; 1023, pag. 18.

cassata, o di un atto di consenso che rimane annullato con sentenza del competente Tribunale. Questa importantissima questione trovasi decisa dalla saggissima disposizione del § 238 del Regolamento Ipotecario Pontificio, il quale stabilisce che « le inscrizioni in tutto o in parte cancellate non potranno mai rivivere, nè riacquistare l'antico grado, abbenchè si dichiarasse nullo il cancellamento, ovvero la sentenza che l'ha ordinato si revocasse in via di restituzione in intiero; salvo il diritto per l'emenda de' danni ed interessi, sia contro la parte, sia contro il Conservatore, se e come di ragione. »

1062. Il Sovrano Motuproprio Toscano del 2 maggio 1836, quanto alla riduzione delle inscrizioni, dichiara nell'articolo 134 che « quando la inscrizione apparisce eccedente il debitore può chiederne la riduzione; » e nell'articolo 135 che « debbe riguardarsi come eccedente la inscrizione tutte le volte che lo stabile, o gli stabili obbligati, importano un prezzo che supera il capitale del credito, aumentato di quattro annate di frutti, delle spese, e inoltre di un terzo del valore cumulato dei detti articoli, netto da ogni gravame ed ipoteca; » e che « la riduzione ha luogo sul di più. » Si disse più sopra (1), che secondo i principii del Codice Napoleone non può mai chiedersi dal debitore la riduzione di una inscrizione, se questa non cade sopra più fondi separati e distinti; e fu da me confutata la opinione del Duranton, il quale ammette la riduzione anche quando la inscrizione da ridursi colpisce un solo fondo, sì veramente che questo sia capace di comoda divisione (2). A quest' ultima sentenza si è attenuto il Motuproprio Toscano colla disposizione dell' articolo 136, il quale prescrive che l'effetto della riduzione « è di restringere il diritto reale del creditore da uno stabile ad una sua parte comodamente separabile, o da una quantità di stabili ad alcuni soltanto dei medesimi, per il valore occorrente ad assicurare il credito nelle proporzioni dette di sopra. » Dichiara poi nell'articolo 137 che « la riduzione nasce o dal consenso della parte che vi ha interesse, e può prestarlo, o dalle sentenze passate in cosa giudicata; » e nell' articolo 138 che « dal Conservatore non può ammettersi richiesta alcuna di riduzione se non è corredata o da un

(1) N. 1048, pag. 47.
(2) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 209, tome XI.

istrumento pubblico, o da un atto privato munito delle formalità di che all'articolo 69 (1), ovvero dalla sentenza come sopra. » Il Codice Napoleone lasciò luogo al dubbio, se la riduzione di una inscrizione a determinati immobili potesse chiedersi dal debitore anche nel caso di un credito eventuale, condizionale o indeterminato. Questo dubbio è stato tolto dal citato Motuproprio colla disposizione dell'articolo 139, il quale dichiara che « nelle inscrizioni di crediti per loro natura condizionali o indeterminati procedenti da ipoteche giudiciali o legali non è tolto ai debitori il diritto alla riduzione per il loro eccesso; » e che « questo eccesso verrà determinato nei singoli casi, osservate le regole di sopra, dal prudente arbitrio del Giudice. » Secondo l'articolo 2161 del Codice Napoleone, il benefizio della riduzione non è applicabile alle ipoteche convenzionali. Il lodato Motuproprio, adottando intorno alla riduzione di queste ipoteche il principio sanzionato dal § 228 del Regolamento Ipotecario Pontificio, dispone nell'articolo 140 che « nelle ipoteche convenzionali non si ammette riduzione, se non vien consentita dalle parti interessate, o non si dimostra sodisfatta ed estinta dopo la inscrizione una parte del debito non minore della sua metà; » e che « in questo caso potrà chiedersi dal debitore la riduzione delle inscrizioni quando l'importare del fondo, o dei fondi obbligati in totalità, rimanga superiore al valore duplo della quota residuale del credito. » Del resto, attenendosi alla massima stabilita nell'articolo 2163 del Codice Napoleone, applicabile, come si disse, altresì alle ipoteche convenzionali, prescrive nell'articolo 141 che « anche nelle ipoteche convenzionali può aver luogo la riduzione colle stesse proporzioni di che all'articolo 135, quando il debito indeterminato rapporto alla di lui quantità abbia ricevuto dal creditore, come è detto all'articolo 79, un valore estimativo, e che questo valore estimativo comparisca eccedente. » Dichiara però nel successivo articolo 142 che « se dopo la riduzione viene a riconoscersi che il credito ammonta a somma più forte di quella cui fu ristretto, lo stesso creditore può accendere nuova inscrizione; » ma che « questa non ha effetto che dalla sua data. » Finalmente dispone nell'articolo 143 che « le spese per la ridu-

(1) Vedi Vol. III, n. 726, pag. 426.

zione debbono soffrirsi da chi la richiede, salvi i casi nei quali di ragione si soffrono dal creditore opponente. »

Quanto poi alla cancellazione delle inscrizioni, il lodato Motuproprio dispone nell'articolo 144 che « la radiazione delle inscrizioni, che è la loro cancellazione dai registri dei Conservatori delle Ipoteche, può richiederla chiunque ne ha l'interesse ogni volta che il titolo inscritto o è venuto a mancare, ed estinguersi per alcuno dei modi atti a sciogliere civilmente le obbligazioni, o non ha potuto neppure regolarmente formarsi; » e nell'articolo 145, conforme alla disposizione dell'articolo 2157 del Codice Napoleone, che « può ottenersi o per il consenso dell'inscrivente, o per la sentenza, come è stato disposto per la riduzione. » Riguardo alla capacità delle persone che possono dare il loro assenso alla detta cancellazione, ripetendo in sostanza la disposizione dell'articolo 2245 del Codice di Parma, dispone nell'articolo 146 che « le donne maggiori, i tutori, ed i curatori possono efficacemente prestare il loro consenso per la radiazione, anche senza l'autorizzazione del Giudice, quando il ritiro del credito abbia preceduta la richiesta della radiazione; » e che « in ogni altro caso è necessario l'intervento della forma giudiciaria. » Dispone inoltre nell'articolo 147 che « la cancellazione consensuale delle iscrizioni riguardanti i patrimoni di Regia o pubblica Amministrazione, o di Luoghi Pii, è rimessa nelle facoltà dei Superiori respettivi, osservate le discipline che sono di stile per le amministrazioni suddette. » Dichiara altresì nell'articolo 148, che « per le ipoteche generali la sentenza passata in cosa giudicata basta per ottenere la radiazione delle corrispondenti inscrizioni in tutti gli Uffizi di Conservazione d'Ipoteche nei quali sono state accese. » Giusta le massime stabilite dal Codice Napoleone nessuna inscrizione può essere cancellata se non coll'appoggio o del consenso del creditore o di una sentenza. A questa massima generale confermata nel già citato articolo 145 il Motuproprio Toscano fa una eccezione nell'art. 149 dichiarando che « resta senza effetto e può cancellarsi la inscrizione stata accesa per l'interesse del minore e dell'interdetto sui beni del tutore, patrigno, o curatore dopo il decorso di anni cinque, contando dal giorno in cui cessasse la minore età o la interdizione. » Finalmente confermando la saggissima massima stabilita nel § 238 del Regolamento Pontificio, onde fu corretta l'assurda teoria di non pochi Interpreti

Francesi intorno agli effetti di una cancellazione eseguita coll'appoggio di un atto che rimane dopo di essa legalmente annullato, dispone nell'articolo 150 che « se i titoli inscritti ed estinti tornano a sussistere di ragione o per l'annullazione del pagamento del credito, o per qualunque altra causa preesistente alla loro estinzione, in questo caso rivivono pure e mantengono tutta la loro primitiva efficacia le inscrizioni dei medesimi, quando non siano state ancora radiate; » ma che « se al momento in cui tornano a rivivere i detti titoli fosse stata già effettuata la loro radiazione, hanno in tal caso bisogno di nuova inscrizione; » e che « questa prende vita ed efficacia dal dì in cui si accende ai Registri Ipotecari ».

1063. Il Codice di Sardegna dichiara nell'articolo 2259 che « la riduzione dei privilegi e delle ipoteche si opera sia col restringere o determinare la quantità della somma per cui l'inscrizione fu presa, sia col ridurre l'inscrizione medesima a certi e determinati beni; » e nei successivi articoli sino al 2266, dei quali ho già fatto menzione nel Volume quarto (1), fissa le norme colle quali possono essere ridotte le ipoteche legali. Dichiara poi nell'articolo 2266 che « l'ipoteca giudiziale sui beni degli economi, sequestratari, ed altri agenti contabili di cui nell'articolo 2179, come pure le altre ipoteche giudiziali per crediti condizionali, eventuali, o indeterminati, potranno dal Tribunale, sentiti gli interessati, essere ristrette a certa e determinata somma, o su certi e determinati beni, che dovranno essere indicati sia nella stessa ordinanza di nominazione, o sentenza pronunciata sul credito, sia in una ordinanza o sentenza posteriore dello stesso Tribunale. » Nel resto ripete in sostanza nell'articolo 2267 le massime che intorno alla materia della riduzione trovansi stabilite nel capo V del titolo 18 del Codice Napoleone (2). L'articolo 143 del Motuproprio

(1) N. 885, pag. 170.

(2) « Per la riduzione accennata nei precedenti articoli si considereranno bastanti i beni da ritenersi ipotecati, quando il loro valore eccederà del terzo in fondo libero l'ammontare de' crediti ed accessorii legittimi. — A fine di accertare il detto valore si avrà riguardo al reddito determinato dal tributo prediale, ed a quello risultante dagli affittamenti fatti in un tempo non sospetto, o dalle perizie seguite in tempo prossimo e dalle opportune informazioni. — Per li crediti risultanti da contabilità od

Toscano dispone, come si è già avvertito (1), che le spese per la riduzione debbono soffrirsi da chi la richiede, salvi i casi nei quali di ragione si soffrono dal creditore opponente. Questo principio è pur stato confermato dal Codice di Sardegna colla disposizione dell' articolo 2268 (2). Finalmente togliendo il dubbio che si fa dagli Interpreti Francesi (3), se la eseguita riduzione di una ipoteca generale restringa definitivamente ai soli immobili determinati l' ipoteca generale del creditore lasciando liberi e sciolti tutti gli altri, colla saggissima disposizione dell' articolo 2269 stabilisce che « la riduzione consentita o pronunciata nei modi e termini sovra accennati, renderà liberi, dal giorno in cui ne sarà seguita l' annotazione in margine dell' iscrizione, nella conformità stabilita nell' articolo 2281, o che sarà seguita una nuova inscrizione con relazione alla precedente, gli altri beni del debitore come se non fossero mai stati sottoposti all' ipoteca. »

Quanto alla cancellazione delle inscrizioni, il Codice di Sardegna attenendosi alla disposizione dell' articolo 2157 del Codice Napoleone, la distingue in *volontaria* e *forzata* (4). È *volon-*

amministrazione il cui ammontare non sia ancora determinato, si potrà ridurre l' ipoteca sino alla concorrente di un triennio del reddito o dell' entrata che forma il soggetto della contabilità, ovvero a quell' altra somma che sarà giudicata sufficiente. — La valutazione dell' eccesso in questi casi è rimessa al prudente arbitrio del Giudice, il quale, a norma delle circostanze, delle probabilità di evento, e delle presunzioni di fatto, procura di conciliare le ragioni verisimili del creditore col riguardo di conservare libera al debitore una sostanza proporzionata; tanto in questo caso però come in tutti gli altri di crediti condizionali, eventuali, o indeterminati, la riduzione ad una data somma seguirà senza pregiudizio delle nuove inscrizioni, che potranno prendersi con effetto dal giorno della loro data, quando l' evento avrà fatto ascendere il credito ad una somma maggiore. » (Art. 2267.)

(1) N. 1062, pag. 72.

(2) « Le spese fatte per ottenere la riduzione delle ipoteche saranno a carico del richiedente: ne' casi però di temeraria contestazione per parte di quelli che avrebbero potuto acconsentirla, cadranno a peso loro. — Potrà anche il Giudice dichiarare che tali spese non ricadano a carico del riclamante, quando non siagli imputabile di non aver chiesta la riduzione nell' atto stesso da cui nasce l' ipoteca, e potrà pure dividerle fra il creditore e il debitore secondo le circostanze. » (Art. 2268.)

(3) N. 1051.

(4) Art. 2270.

taria, allorquando viene acconsentita dalle parti interessate ed a ciò capaci, ed ha luogo mediante la presentazione dell' atto autentico portante il consenso del creditore (1). È *forzata* allora quando viene ordinata dai Tribunali con sentenza od ordinanza passata in cosa giudicata (2). Riguardo alla volontaria, non si limita a dichiarare nell' articolo 2271, come fa il Codice Napoleone, che viene acconsentita *dalle parti interessate ed a ciò capaci*, ma nei successivi articoli 2272, 2273, 2274 e 2275 fissa opportune regole relative alla capacità delle persone che possono dare l' assenso alla cancellazione di una inscrizione (3). Dichiara altresì nell' articolo 2276 che « se l' atto portante il consenso alla cancellazione contiene la condizione di un' altra ipoteca, o dell' impiego del danaro, la cancellazione non avrà luogo, se non si farà constare al Conservatore di avere adempite le condizioni. »

Riguardo poi alla cancellazione forzata, dichiara nell' articolo 2278 che « essa verrà ordinata quando il privilegio o l' ipoteca sono estinti, ovvero se l' inscrizione sia nulla (4); » nell' articolo 2279 che « l' articolo 2276 sarà applicabile al caso di can-

(1) Art. 2271.

(2) Art. 2277.

(3) « Quegli che non ha la capacità per liberare da sè solo il debitore non può consentire alla cancellazione dell' inscrizione, se non coll' assistenza delle persone il cui intervento è necessario per la liberazione. » (Art. 2272.)

« Il tutore, il padre legittimo amministratore de' beni del figlio minore, ed ogni altro amministratore, ancorchè capace di esigere e di liberare i debitori, non possono consentire la cancellazione dell' inscrizione relativa al credito, salvo nel caso che questo si trovi ad un tempo soddisfatto. » (Art. 2273.)

« Dopo cessata la minorità o l' interdizione la cancellazione dell' inscrizione presa contro il tutore non potrà essere acconsentita da quell' individuo della cui tutela si tratta o da' suoi eredi, se prima non è seguito l' assestamento della medesima in conformità dell' art. 349. » (Art. 2274.)

« Le inscrizioni prese in virtù di contratti stipulati colle Regie Aziende per affittamenti, imprese, somministrazioni, ed altri atti di mera amministrazione, allorquando le obbligazioni sono estinte, saranno cancellate col consenso del Capo d' Azienda, e mediante le autorizzazioni prescritte da' Regolamenti. » (Art. 2275.)

(4) Quanto alla nullità della inscrizione, la seconda parte del succitato articolo 2278 contiene ciò che segue: « L' inscrizione è nulla se fu fatta senza essere appoggiata nè alla legge, nè ad un titolo portante privilegio

cellazione forzata, se la sentenza od ordinanza contenga qualche condizione della stessa natura; » e nell' articolo 2280 finalmente che « la cancellazione parziale sarà ordinata allorchè l'inscrizione sarà presa per un valore di stima dichiarato dal creditore, che fosse giudicato eccessivo. » Da ultimo determina nell'articolo 2282 la competenza del Tribunale, avanti il quale deve essere portata l' istanza per la cancellazione totale o parziale di un' inscrizione, attenendosi alla regola generale stabilita nella prima parte dell' articolo 2159 del Codice Napoleone (1). E quanto agli atti da consegnarsi al Conservatore da chi domanda la cancellazione di una inscrizione e al modo di eseguirla, dispone nell' articolo 2281 che « nel caso di cancellazione così totale come parziale, quegli che la richiede deve rimettere all' Ufficio del Conservatore l' atto portante il consenso, o la copia della sentenza od ordinanza passata in giudicato; » e che « la cancellazione di un' inscrizione o la rettificazione di essa si eseguirà in margine dell' inscrizione coll' indicazione del titolo con cui saranno state consentite od ordinate, e della data in cui hanno luogo, e porterà la sottoscrizione del Conservatore. »

od ipoteca, o se fu fatta prima del tempo fissato nell'articolo 2217 o dopo quello di cui nell'articolo 2218. »

Nel volume quarto sotto il num. 945 a pag. 328 dichiarai che il Codice di Sardegna nulla prescrive nel capo — *Del modo dell' inscrizione dei privilegi e delle ipoteche* — riguardo agli effetti derivanti dalla inosservanza delle forme della inscrizione. A questo vuoto supplisce nell'ultima parte dell'articolo succitato 2278 sotto il capo — *Della riduzione dei privilegi e delle ipoteche, e della cancellazione delle inscrizioni.* — In essa infatti viene disposto quanto segue: « L' omissione o l' eroneità d' alcuna delle indicazioni prescritte nel titolo costitutivo del credito, o nelle due note, non porteranno la nullità dell' inscrizione, salvo nel caso in cui vi sia assoluta incertezza sulla persona del creditore o del debitore, oppure sui beni gravati, o sulla natura ed importare del diritto che si sarà voluto conservare. — In caso d' altre omissioni od erroneità se ne potrà prescrivere la rettificazione a spese del creditore. »

(1) « L' instanza per la cancellazione totale o parziale di un' inscrizione o per la sua rettificazione sarà portata al Tribunale di Prefettura nel cui distretto essa fu presa. — Qualora un' inscrizione fosse stata presa in più Uffici d' Ipoteche in forza di un solo e medesimo titolo, l' instanza potrà essere portata avanti il Tribunale di Prefettura nel cui distretto esiste la parte più considerevole de' beni ipotecati determinata dall' ammontare del Regio tributo prediale, ovvero davanti a quello nel cui distretto tro-

1064. Il Codice di Modena, intorno alla riduzione delle ipoteche, ripete negli articoli 2210, 2211 e 2212 le disposizioni degli articoli 2208, 2209 e 2210 del Codice di Parma nei seguenti termini: Art. 2210. « *Le inscrizioni fatte per le ipoteche giudiziali, e per le legali, che si estendono ai beni presenti e futuri del debitore, possono essere per sentenza del Tribunale cancellate in quella parte, che eccede la conveniente proporzione.* » Art. 2211. « *Sono considerate eccessive le inscrizioni che cadono sopra più fondi, quando il valore di un solo o di alcuni di essi che sieno liberi supera per più di un terzo il montare del credito in capitale e legittimi accessorj, di cui negli articoli* 2219, 2220, 2221. » Art. 2212. « *Se i crediti, di cui nell'articolo* 2210, *sono di loro natura condizionali, eventuali o indeterminati, il conoscere dell' eccesso dell' inscrizione è rimesso all'arbitrio del Tribunale, il quale a norma delle circostanze, delle probabilità di evento, e delle presunzioni di fatto, procura di conciliare le sicurezze sufficienti per cautelare le ragioni verisimili dei creditori coi riguardi di conservar libera ai debitori una sostanza proporzionata. — Tale riduzione per altro è senza pregiudizio delle nuove inscrizioni, che possono prendersi con effetto dal giorno della loro data, quando l' evento abbia fatto ascendere il credito ad una somma maggiore.* » Per determinare poi il valore degli immobili colpiti dalla ipoteca da ridursi il Codice di Modena, attenendosi ad un metodo più semplice che non è quello dell' articolo 2211 del Codice di Parma, dispone nell' articolo 2213 ciò che segue: « *Per accertare il valore degli stabili, di cui deve instituirsi il confronto colla somma dei crediti, si ha riguardo al reddito desunto dal tributo prediale, ed a quello risultante da contratti di locazione*

vandosi una parte dei beni ipotecati abbiavi inoltre il creditore il suo domicilio. — Ne' casi però contemplati negli articoli 2265 e 2266 l'instanza per la cancellazione o rettificazione dell' inscrizione sarà come quella della riduzione d' ipoteca portata al Tribunale ivi rispettivamente indicato. — Qualora pure l' inscrizione sia stata presa per la garantìa di un' ipoteca condizionale, eventuale, od indeterminata sul merito o sulla liquidazione della quale il debitore ed il creditore sieno già in instanza, o debbano essere giudicati in un altro Tribunale, l' instanza per la cancellazione totale o parziale, o per la rettificazione sarà portata al Tribunale che dee conoscere della causa principale. » (Art. 2282.)

non sospetti, o da relazioni di stime che si fossero precedentemente fatte, e da altri atti simili. » Nel resto ripete negli articoli 2214 e 2215 le disposizioni degli articoli 2212 e 2213 del Codice di Parma. Art. 2214. « *Ogni qualvolta le inscrizioni fatte da un creditore, il quale a termini della convenzione avrebbe diritto d' ipoteca o sopra tutti i beni presenti, o sui beni presenti e futuri del suo debitore, cadono sopra più fondi oltre il bisogno per la sicurezza del creditore, compete l' azione al debitore di farle cancellare in quella parte che eccede la conveniente proporzione. — In questo caso però le inscrizioni che cadono sopra più fondi non sono considerate eccessive, se non quando il valore di un solo, o di alcuni di essi superi più di una metà in beni liberi il montare del credito in capitale e legittimi accessorj. — Se il credito sia di una natura condizionale, eventuale o indeterminato, e non sia stato determinato nella convenzione, il conoscere dell' eccesso dell' inscrizione è rimesso all' arbitrio del Tribunale, come nell' articolo* 2212. » Art. 2215. « *Nella divisione di un patrimonio, se a termini degli articoli* 1429, 1430 *vi sia luogo a restringere, o trasportare l' ipoteca, sia questa giudiziale, o legale o convenzionale, la garanzia dei creditori deve essere dal Tribunale determinata coll' attenersi ai principii ed ai calcoli, di cui negli articoli* 2211, 2212, 2213. » Finalmente ripete nell' articolo 2216 la disposizione dell'articolo 2268 del Codicè di Sardegna relativa alle spese fatte per ottenere la riduzione. Art. 2216. « *Le spese fatte per ottenere la riduzione delle ipoteche sono a carico del richiedente: nei casi però di temeraria contestazione per parte di quelli che avrebbero pututo acconsentirla, cadono a peso loro. — Può anche il Giudice dichiarare che tali spese non ricadano a carico del reclamante, quando non siagli imputabile di non aver chiesta la riduzione nell' atto stesso da cui nasce l' ipoteca, e può pure dividerle fra il creditore e il debitore, secondo le circostanze.* »

Quanto alla cancellazione delle inscrizioni, il Codice di Modena ripete negli articoli 2246, 2247, 2248, 2249 e 2250 le disposizioni degli articoli 2245, 2246, 2247 e 2248 del Codice di Parma. Art. 2246. « *Le inscrizioni si cancellano o di consenso delle parti interessate ed a ciò capaci, o in vigore di una sentenza che abbia forza di cosa giudicata. — Sono capaci del consenso*

suddetto tutti quelli che hanno la libera amministrazione de' loro beni. Gli amministratori dei beni altrui ne sono capaci, quando ricevono il pagamento del credito, pel quale fu fatta la inscrizione: in ogni altro caso, essi debbono esservi autorizzati con ordinazione del Giusdicente, o delle autorità competenti. » Art. 2247. « *Chi dimanda la cancellazione rilascia al Conservatore delle Ipoteche certificato autentico o copia autentica dell'atto contenente il consenso, o della sentenza; e se questa non fu pronunziata in ultima instanza, rilascia insieme il documento che la comprova passata in giudicato.* » Art. 2248. « *La cancellazione non procedente da reciproco consenso deve chiedersi al Tribunale, nella cui giurisdizione è stata fatta l'inscrizione. — Trattandosi però di inscrizione presa per garanzia dell'esecuzione di una condanna eventuale, o di valore indeterminato, in ordine alla quale sia pendente davanti altro Giudice o Tribunale il giudizio di liquidazione, l'instanza di cancellazione deve proporsi o rimettersi al Giudice o Tribunale suddetto.* » Art. 2249. « *Non ostante la disposizione del precedente articolo, sarà eseguita la convenzione fatta tra il creditore ed il debitore di proporre, in caso di controversia, la dimanda ad un arbitro.* » Art. 2250. « *La cancellazione dev'essere ordinata, quando l'inscrizione fu fatta senz'essere appoggiata nè alla legge, nè ad un titolo; o quando fu fatta in forza di un titolo, il quale sia irregolare, o quando sono legalmente annullati o estinti i diritti di privilegio o d'ipoteca.* »

CAPO VI.

DELL' EFFETTO DE' PRIVILEGI E DELLE IPOTECHE CONTRO I TERZI POSSESSORI.

Articolo 2166.

I creditori aventi privilegio od ipoteca inscritta sopra un immobile, ancorchè passi in qùalunque altro possessore, ritengono sopra di esso le loro ragioni, per essere collocati e pagati secondo l'ordine dei loro crediti o inscrizioni.

SOMMARIO.

1065. Origine, natura, ed effetti dell'azione reale ipotecaria secondo i principj del Diritto Romano.

1066. Secondo i principj del Codice Napoleone gli oneri ipotecari non inscritti al momento della alienazione rimangono estinti e il fondo passa libero nell'alienatario. Questa regola è comune alle ipoteche ed ai privilegi. Confronto tra l'articolo 2166 del Codice Napoleone e l'articolo 28 della Legge 11 brumaio. Il diritto di esercitare l'ipoteca o il privilegio in faccia al terzo possessore, chiamato dai Francesi *de suite,* non è in sostanza diverso e distinto dal diritto di preferenza. Modificazione portata all'art. 2166 del Codice Civile dagli articoli 834 e 835 del Codice di Procedura, in forza dei quali non più il semplice contratto di alienazione purga *ipso jure* i fondi alienati dalle ipoteche e dai privilegi non inscritti, ma una tale purgazione ha luogo soltanto dopo la scadenza del termine di 15 giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione.

1067. I privilegi generali dell'articolo 2101 non sono dispensati dalla inscrizione in faccia ai terzi possessori. Neppure può accordarsi

a questi privilegi non inscritti entro 15 giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione il diritto di domandar grado sul prezzo nel giudizio d'ordine. Alle ipoteche legali però dei minori e delle donne non può negarsi il diritto *de suite* contro il terzo possessore indipendentemente dalla inscrizione dalla quale furono dispensate. Si combatte l'opinione del Troplong, il quale insegna che anche le donne ed i minori, la cui ipoteca dura in faccia altresì al terzo possessore indipendentemente dalla inscrizione, hanno però di questa bisogno per potere esperimentare in giudizio l'azione ipotecaria.

1068. Il creditore può agire per l'intero suo credito coll'azione ipotecaria contro il possessore di una porzione qualunque dell'immobile ipotecato. — Può agire contro l'usufruttuario a cui il debitore proprietario diede in usufrutto l'immobile ipotecato. — E a più forte ragione contro l'enfiteuta a cui il debitore diede in enfiteusi lo stesso immobile.

1069. Non può però agire coll'azione ipotecaria contro il concessionario di un diritto d'uso o di abitazione o di una servitù prediale costituito dal debitore sul fondo ipotecato.

1070. Molto meno contro il conduttore del fondo ipotecato. — Deve però il creditore ipotecario rispettare i contratti d'affitto del fondo ipotecato anteriori al giudizio di espropriazione. — Ma ha azione contro il conduttore per ripetere le pensioni maturate dal giorno del suddetto giudizio, sebbene sieno state anticipatamente pagate al locatore, salva l'azione d'indebito allo stesso conduttore contro il locatore per chiedere la restituzione delle somme prima del tempo soddisfatte.

1071. I creditori saranno tenuti a rispettare il contratto d'anticresi stipulato dal debitore comune con un terzo, e a lasciare al concessionario il libero godimento dei frutti del fondo ceduto a detto titolo?

1072. Secondo i principj del Codice Napoleone non è necessaria contro il terzo possessore molestato dal creditore ipotecario la sentenza di dichiarazione d'ipoteca, ma questi fa immediatamente allo stesso terzo possessore l'intimazione di pagare o di rilasciare il fondo, la vendita del quale è il risultato finale dell'ipoteca. Una sentenza o di condanna o assolutoria si rende però necessaria quando il terzo possessore oppone una qualche eccezione contro il merito della intimazione fattagli dal creditore.

1065. È principio inconcusso di romana giurisprudenza che il debitore conserva della cosa data in pegno l'intera pro-

prietà (1). Questo principio molto più ha luogo nel caso della ipoteca, nella quale il debitore si mantiene in possesso della cosa ipotecata (2). Da ciò deriva l'irrepugnabile conseguenza che il debitore può liberamente alienare a titolo gratuito od oneroso la cosa data in ipoteca (3). Ma siccome l'ipoteca è un diritto reale *in re aliena;* così l'alienazione della cosa ipotecata non può recar pregiudizio all'interesse del creditore (4), il quale conserva integro il suo diritto radicato sulla cosa, ed ha perciò l'azione reale ipotecaria contro il terzo possessore (5). Il creditore ipotecario ha quindi dopo l'alienazione del fondo datogli in ipoteca due azioni, l'una personale contro il debitore tenuto personalmente al pagamento del debito, l'altra reale contro il terzo possessore della cosa ipotecata (6). La quale azione ipotecaria è esercibile dal creditore non solo contro il terzo possessore che acquistò la cosa ipotecata a titolo particolare, ma altresì contro gli èredi del defunto debitore che della stessa cosa trovansi in possesso e che in grazia di un tale possesso sono tenuti ipotecariamente per l'intero debito, sebbene siano personalmente obbligati in proporzione soltanto della quota ereditaria (7). E il

(1) « Pignus, manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem. » (L. 35, § 1, D. *De pigneratitia.*) — L. 9, C. *De pigneratitia.* — Instit. lib. 2, tit. 8, § 1. — L. 17, § 11, D. De *Aed. Edicto.* — L. 29, pr. D. *Qui et a quib. manum. liberi.*

(2) « Contrahitur hypotheca per pactum conventum. » (L. 4, D. *De pignoribus.*)

(3) Rescriptum est ab Imperatore, libellos agente Papiniano, creditorem a suo debitore pignus emere posse: quia in dominio manet debitoris. » (L. 12, pr. D. *De dist. pignorum.*) — L. 14, C. *De pignoribus.*

(4) « Debitor rem, creditori suo oppignoratam, mihi vendit, quod facere potest; manet tamen creditori salvum jus pignoris. » (Brunnemannus ad L. 10, C. *De pignoribus.*) — L. 12, C. *De distr. pignorum.* — L. 10, C. *De rem. pignoris.* — L. 15, C. *De pignoribus.* — L. 18, § 2, D. *De pignoratitia.* — L. 35, § 1, D. *De donationibus.*

(5) « Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori. » (L. 17, D. *De pignoribus.*) — L. 18, C. *De pignoribus.* — Instit., § 7, *De actionibus.*

(6) L. 8, C. *De pignoribus.* — L. 13, § 4, D. *De pignoribus.*

(7) « Actio quidem personalis inter heredes pro singulis portionibus quæsita scinditur: pignoris autem jure multis obligatis rebus, quas diversi possident; cum ejus vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur: qui possident, tenentes non pro modo singularum rerum substantiæ conveniuntur, sed in solidum. » (L. 2, C. *Si unus ex plur. heredibus.*) — L. 2, C. *De hered. actionibus.*

diritto di agire coll'azione ipotecaria contro quello degli eredi che trovasi in possesso della cosa ipotecata compete al creditore quand' anche lo stesso erede abbia già soddisfatta la quota del debito ereditario, a cui era personalmente tenuto, per la ragione appunto che è esposto alle conseguenze dell'azione ipotecaria non già nella sua qualità di erede, ma in quanto è possessore della cosa vincolata pel credito (1). E quanto all' esercizio di dette due azioni, l' una personale, l' altra reale, la L. 14, C. *De pignoribus* lasciava la scelta al creditore d' intentare o l' una o l' altra a suo piacere (2); e solamente la L. 10, C. *De pignoribus* lo obbligava ad invitare stragiudicialmente il debitore presente al pagamento del debito, prima di far uso dell' azione ipotecaria (3). Questo diritto di libera scelta fra le dette due azioni fu modificato dalla Novella 4, cap. 2, la quale lasciò l' alternativa al creditore di agire o coll' azione personale, o pure coll' azione reale ipotecaria finchè la cosa ipotecata era nelle mani del debitore, ed al contrario obbligò il creditore ad intentare l' azione personale contro i debitori ed i fideiussori prima dell' azione reale ipotecaria nel caso che questa dovesse esercitarsi contro un terzo possessore (4). Ma la No-

(1) « Unus ex multis debitoris, qui pignora tradiderat, heredibus, quod ab eo personali actione peti potuit, solvendo, res obligatas distrahendi creditori facultatem non adimit. » (L. 16, C. *De distr. pignorum.*)

(2) « Distractis a debitore pignoribus, creditores potestatem habere, utrum ne personali obligatos sibi, an pignora possidentes in rem actione convenire velint, non est incerti juris. » (L. 14, C. *De pignoribus.*)

(3) « Debitores præsentes prius denunciationibus conveniendi sunt. Igitur si conventi debito satis non fecerint, persequenti tibi pignora seu hypothecas, quas instrumento specialiter comprehensas esse dicis, competentibus actionibus Rector provinciæ auctoritatis suæ auxilium impartiri non dubitabit. » (L. 10, C. *De pignoribus.*)

(4) « Justinianus autem a creditoribus plus exegit: constituit enim ut si debitores præsentes sint, non tantum denuntiationibus conveniantur, sed etiam judicio, nec prius ad pignorum possessores perveniatur, quam excussis debitoris et fidejussorum, si qui sint, facultatibus. Quod si debitor aut heres ejus pignus possideat, tum adhuc nullus ordo servatur, et liberum etiamnum creditori est, omissa actione personali, pignus persequi. » (Vinnii Comment. Instit. lib. 4, tit. 6, § 7, n. 5.) — Brunnemannus ad L. 10, C. *De pignoribus.* — Stephani Comment. in Nov., Nov. 4, n. 3. — Gudelini Comment. *De Jure Novis.*, lib. 4, cap. 7, n. 21. — Rittershutii Expositio Nov. par. 3, cap. 2, n. 27.

vella 112, cap. 1, secondo la spiegazone dei migliori Interpreti, portò una modificazione alla massima stabilita dalla citata Novella 4, cap. 2, dispensando il creditore dall'esperimentare l'azione personale contro il debitore ed i fideiussori prima dell'azione reale ipotecaria contro il terzo possessore, quando il fondo, che di questa era l'oggetto, era colpito da una ipoteca speciale (1). L'azione ipotecaria, di cui ora si fa parola, ebbe sua origine da un Editto del Pretore Servio, il quale accordò un'azione reale ai locatori dei fondi rustici per rivendicare dal terzo possessore i frutti e le cose mobili del colono vincolate a garanzia dell'affitto, e dal suo autore fu detta azione *Serviana* ed annoverata fra le azioni pretorie (2). L'interpretazione dei Romani Giureconsulti estese l'azione pretoria Serviana a tutti gli altri casi di beni gravati a garanzia di qual siasi credito, senza alcun riguardo alla qualità del pegno o dell'ipoteca, e questa azione nata dall'interpretazione si chiamò *quasi Serviana*, o *utile Serviana*, od anche con nome comune *azione ipotecaria* (3). L'azione ipotecaria è reale (4), e deve intentarsi dal creditore contro il

(1) » Creditori licitum est, vel agere personali actione contra debitorem, vel actione hypothecaria contra possessorem pignorum, vel utraque simul experiri. Sed per Nov. 4 hodie contra extraneos possessores pignorum, id est, si alius, quam ipse debitor, pignus possideat, non licet experiri, sed agendum est cum debitore, postea contra fidejussorem, demum contra possessorem pignoris tertium, alias hic habet exceptionem excussionis, quod tamen de eo casu intelligendum, quando non est hypotheca specialis. Nam possessor hypothecæ specialis, etiam non excusso principali debitore, conveniri potest per Nov. 112, c. 1. » (Brunnemannus ad L. ult. C *De obl.* et *actionibus.*) — Voet, lib. 20, tit. 4, n. 3. — Brunnemannus ad L. 24, C. *De pignoribus*. — Brunn. ad L. 16, D. *De pignoribus*, n. 10.

(2) « Dubium non est, quin ea actio de pignore, quæ verbis Edicti proposita fuit, *Serviana* proprie vocetur. Unde existimare licet, Prætorem nominatim tantum de rebus colonorum pro mercede locationis obligatis, locutum. » (Vinnii Comment. Instit. lib. 4, tit. 6, § 7, n. 7.)

(3) « Atqui *quasi Serviana* a Prætore introducta non est, sed Jurisconsultorum ingeniis excogitata et instituta ad exemplum ejus, quæ a Prætore comparata, et in Edicto proposita fuit. » (Vinnii Comment. Instit. lib. 4, tit. 6, § 7, n. 6.) — « *Quasi Serviana* seu hypothecaria datur de reliquis rebus pignori obligatis; et in quovis genere pignoris locum habet. » (Vinnii Comment. Instit. lib. 4, tit. 6, § 7, n. 7.)

(4) « Pignoris, vel hypothecæ persecutio in rem est. » (L. 18, C. *De pignoribus.*)

possessore della cosa ipotecata, o sia questo lo stesso debitore, oppure un terzo (1). Deve perciò l'attore provare due cose: l'una, il diritto d'ipoteca che gli compete sul soggetto intorno al quale versa l'azione; l'altra, il possesso che ha della cosa ipotecata il reo convenuto, contro cui l'azione viene promossa (2). Quanto al primo requisito, non basta che il creditore provi essergli stata costituita l'ipoteca per convenzione, o competergli per legge, ma gli è necessario altresì il provare che la cosa, contro cui volge l'azione, era tra i beni del debitore al momento in cui l'ipoteca ebbe vita (3), quando trattasi di una ipoteca speciale, od anche dopo nel caso di una ipoteca generale (4). La quale ultima prova per altro non è necessaria quando l'azione ipotecaria viene intentata contro lo stesso debitore qual possessore della cosa ipotecata, al quale non può esser lecito respingere l'azione ipotecaria mossagli dal suo creditore allegando il difetto di dominio sulla cosa ipotecata. Quanto all'altro requisito, cioè quello del possesso nel reo convenuto, è questa una prova indispensabile in qualunque giudizio reale, come quello che deve intentarsi necessariamente contro il possessore della cosa (5). Lo scopo del-

(1) « In vindicatione pignoris quæritur, an rem, de qua actum est, possideat is, cum quo actum est. » (L. 16, § 3, D. *De pignoribus.*)

(2) « Duo creditori pignus persequenti probanda sunt: 1° se jus pignoris in re, de qua agitur, habere; 2° possessionem ejus rei esse penes eum, qui convenitur. » (Vinnii Comment. Instit. lib. 4, tit. 6, § 7, n. 1.)

(3) « Ante omnia probandum est, quod inter agentem et debitorem convenit, ut pignori, hypothecæve sit; sed et si hoc probet actor, illud quoque implere debet, rem pertinere ad debitorem eo tempore, quo convenit de pignore; aut cujus voluntate hypotheca data sit. » (L. 23, D. *De probationibus.*)

(4) « Quod dicitur creditorem probare debere, *cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse*, ad eam conventionem pertinet, quæ specialiter facta est, non ad illam, quæ quotidie inseri solet cautionibus, *ut specialiter rebus hypothecæ nomine datis, cetera etiam bona teneantur debitoris, quæ nunc habet, et quæ postea adquisierit, perinde atque si specialiter hæ res fuissent obligatæ.* » (L. 15, § 1, D. *De pignoribus.*)

(5) « Ad primum quod attinet, si creditor cum ipso debitore experiatur, sufficit ei ad fundandum jus pignoris probare, quod debitor possideat; quod inter contrahentes ipsos etiam alienæ rei pignus consistit, neque debitor quæstionem dominii referre potest, per L. 41, D. *De pigneratitia.* Si vero agatur contra tertium possessorem, probandum est, rem in bonis debitoris fuisse, aut in casu generalis hypothecæ, postea ad

l' azione ipotecaria è con precise parole determinato dalla L. 16, § 3, D. *De pignoribus,* di cui giova qui riportar le parole: « In vindicatione pignoris quæritur, an rem, de qua actum est, possideat is, cum quo actum est? Nam si non possideat, nec dolo fecerit, quo minus possideat, absolvi debet. Si vero possideat, et aut pecuniam solvat, aut rem restituat, æque absolvendus est. Si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur. » Dalla qual Legge chiaramente risulta che il possessore molestato con azione ipotecaria deve o pagare il debito, o cedere al creditore il possesso della cosa, e che è condannato se non adempie o all' una o all' altra obbligazione (1). La quale condanna è diversa secondo che il possessore molestato coll' azione ipotecaria possiede realmente la cosa ipotecata, o pure per dolo o colpa si è messo nell' impossibilità di poterla restituire. Nel primo caso viene tolta la cosa al possessore dalla pubblica Forza (2). Nell' altro, il reo convenuto è condannato a pagare il valore della cosa. Ma anche questa condanna varia secondo che l' azione ipotecaria fu intentata contra lo stesso debitore, o contro un terzo possessore. Se fu promossa contro il debitore, questi è condannato solamente a pagar ciò che deve al creditore, e quand' anche la condanna portasse una somma maggiore, egli rimane liberato pagando ciò solo per cui è obbligato verso il creditore in capitale, interessi e spese giudiziali (3). Se poi l' azione ipote-

eum pervenisse . . . . . Nam jus pignoris non fundatur, nisi res fuerit in bonis debitoris . . . . . Illud probare necesse non est debitorem rei dominum fuisse, sed quemadmodum dixi, fuisse in ejus bonis, seu justo titulo et bona fide ab eo possessam: quoniam quo probato succumberet possessor debitore agente Publiciana, eo probato etiam succumbere debet creditore agente hypothecaria. Secundum expeditum est: quippe hoc omnium actionum in rem est proprium, ut eo tempore, quo moventur, ad litem fundandam reum possidere oporteat. » (Vinnii Comment. Instit. lib. 4, tit. 6, § 7, n. 3, 4, 5.) — Voet, lib. 20, tit. 4, n. 7. — Brunnemannus ad L. 15, § 1, D. *De pignoribus*, n. 2, 3, e 4.

(1) « Exitus actionis hic, ut qui convenitur, necesse habeat, aut creditoribus agentibus solvere, aut rem, de qua agitur, restituere; alioquin quanta ea res est, condemnatur. » (Vinnj Comment. Instit. lib. 4, tit. 6, § 7, n. 2.)

(2) » Qui restituere jussus, Judici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio Judicis ab eo possessio transfertur. » (L. 68, D. *De rei vindicatione.*)

(3) « Si pluris condemnatus sit debitor non restituendo pignus, quam

caria fu intentata contro un terzo possessore, questi viene condannato a pagare l' intero valore della cosa al creditore, il quale però può essere costretto coll' azione personale pigneratizia a restituire al debitore tutto ciò che ricevette al di là dell' ammontare complessivo del suo credito (1). E il possessore molestato coll' azione ipotecaria non solo è tenuto ad abbandonare e cedere la cosa al creditore, se vuole evitare l' accennata condanna, ma altresì i frutti della cosa dal giorno dell' intentato giudizio (2), come quelli che sono un accessorio della cosa, e rimangono al pari di questa colpiti dalla ipoteca (3).

1066. Sono questi i principii del Diritto Romano intorno all' azione reale ipotecaria. L' ipoteca del Codice Napoleone ha la stessa natura di diritto reale e gli stessi caratteri sostanziali attribuitile dalla romana giurisprudenza (4), e i privilegi costituiti sugli immobili sono anch' essi non meno dell' ipoteca un diritto reale, come quelli che sono in sostanza l' ipoteca privilegiata romana. Quindi è che anche ai privilegi costituiti sugli immobili e all' ipoteca del Codice Napoleone è applicabile il principio di romana giurisprudenza (5), giusta il quale l' alienazione del fondo ipotecato non può recar pregiudizio al creditore ipotecario, il

computatio sortis et usurarum faciebat, an si tantum solverit, quantum debebat, exoneretur hypotheca? Quod ego, quantum quidem ad subtilitatem legis, et auctoritatem sententiæ, non probo: semel enim causa transire videtur ad condemnationem, et inde pecunia deberi. Sed humanius est, non amplius eum, quam quod revera debet, dando, hypothecam liberare. » (L. 16, § 6, D. *De pignoribus.*)

(1) « Si res pignerata non restituitur, lis adversus possessorem erit æstimanda: sed utique aliter adversus ipsum debitorem, aliter adversus quemvis possessorem: nam adversus debitorem non pluris, quam quanti debet: quia non pluris interest: adversus ceteros possessores etiam pluris, et quod amplius debito consecutus creditor fuerit, restituere debet debitori pigneratitia actione. » (L. 21, § 3, D. *De pignoribus.*) — Voet, lib. 20, tit. 4, n. 7.

(2) « Interdum etiam de fructibus arbitrari debet Judex: ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. » (L. 16, § 4, D. *De pignoribus.*)

(3) L. 3, C. *In quib. caus. pignus.* — L. 1, C. *De partu pignoris.*

(4) « L'hypothèque est toujours dans notre législation actuelle ce qu'elle a été dans tous les temps. » (Grenier, tome I, n. 60.)

(5) « Si fundus pigneratus venierit, manère causam pignoris. » (L. 18, § 2, D. *De pigneratitia.*)

quale conserva integro il suo diritto reale in faccia al terzo possessore. Ma siccome all'ipoteca moderna ed anche ai privilegi fu aggiunto un nuovo carattere, quello cioè della pubblicità, senza del quale non hanno alcuna efficacia in faccia ai terzi (1); così il detto principio di romana giurisprudenza fu necessariamente subordinato alla condizione della nuova forma, onde fu rivestito il diritto reale dell'ipoteca e del privilegio, e perciò l'articolo 2166 dispone che i creditori aventi *privilegio od ipoteca inscritta* sopra un immobile, ritengono sopra di esso le loro ragioni, ancorchè passi in qualunque altro possessore. Quest'articolo consacra il principio romano che l'alienazione dei beni gravati da un privilegio o da una ipoteca non pregiudica all'interesse dei creditori privilegiati od ipotecari, come quelli che conservano il loro diritto reale, qualunque sieno i proprietari e possessori dei fondi ipotecati. Ma perchè il vincolo reale del privilegio o dell'ipoteca duri sul fondo che viene trasferito nel nuovo possessore, è assolutamente necessario che nel momento del passaggio dall'uno all'altro proprietario, ossia nell'atto stesso dell'alienazione, il privilegio e l'ipoteca sieno integri, cioè forniti di tutti i caratteri che sono necessari alla loro piena efficacia e validità, ossia è mestieri che sieno inscritti. Ond'è che secondo il Codice Civile le ipoteche e i privilegi non inscritti al momento della alienazione rimangono per sempre estinti, e il fondo passa libero nel terzo possessore (2). Alcuni però hanno fatto il dubbio, se l'inscrizione deve essere accesa al momento della alienazione, tanto nel caso delle ipoteche come in quello dei privilegi, e se sia necessaria nel solo primo caso, affinchè il creditore conservi il suo diritto reale in faccia al terzo possessore. Ma questo dubbio è un mero cavillo, perchè quanto all'obbligo della inscrizione la legge non fa alcuna differenza tra i privilegi e le ipoteche; i privilegi, al pari delle ipoteche, non hanno senza inscrizione alcun valore (3); e le stesse ragioni, onde il legislatore vuole l'inscrizione per le ipoteche in faccia al terzo possessore, militano per i privilegi, perchè sì per gli uni come per le altre il diritto reale non

(1) Troplong, art. 2154, n. 726 bis.

(2) Troplong, art. 2166, n. 778 ter; art. 2108, n. 280. — Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 215, tome XI.

(3) Troplong, art. 2106, n. 266.

è in atto, se non mediante la formalità della inscrizione (1). Secondo i principii della romana giurisprudenza le ipoteche, sì semplici come privilegiate, radicate sul fondo prima della alienazione, seguivano lo stesso fondo non ostante il passaggio di questo nelle mani di un nuovo aquirente. Il Sistema Ipotecario moderno ha, come si è or ora avvertito, aggiunto alla ipoteca un nuovo elemento, quello della inscrizione, comune ai privilegi ed alle ipoteche, e il diritto reale sì del privilegio come della ipoteca semplice non può investire il fondo, se non è integro e completo, ossia se non ha ottenuto dalla inscrizione l'ultima sua perfezione (2). È dunque logica e consentanea alla vera indole delle ipoteche e dei privilegi moderni la disposizione dell'articolo 2166, giusta il quale i fondi alienati passano liberi nei terzi acquirenti dalle ipoteche e dai privilegi non inscritti al momento della alienazione, ossia dalle ipoteche e dai privilegi, la cui orma per difetto della necessaria inscrizione non era già impressa sui fondi alienati. Non era diversa in sostanza dalla disposizione dell'articolo 2166 del Codice Napoleone quella dell'articolo 28 della Legge 11 brumaio. Se non che secondo l'articolo 2166 del Codice Napoleone la semplice alienazione purga *ipso jure* gli immobili alienati dalle ipoteche e dai privilegi non inscritti; laddove secondo il citato articolo 28 della Legge 11 brumaio non la semplice alienazione, ma la trascrizione del contratto della stessa alienazione produce un tale effetto. Prescrive infatti il detto articolo della Legge 11 brumaio che la trascrizione del contratto di alienazione eseguita nei registri dell'Ufficio di Conservazione delle Ipoteche trasmette all'acquirente i diritti che il venditore aveva sulla proprietà dell'immobile, coi debiti ed ipoteche onde quest'immobile è gravato. E siccome giusta gli articoli 2 e 3 della stessa Legge i privilegi e le ipoteche esistono ed hanno effetto solo in quanto furono resi pubblici coll'inscrizione; così le ipoteche ed i privilegi non inscritti al momento della trascrizione rimangono estinti, e il fondo passa libero nelle mani del terzo aquirente. La differenza tra il Codice Napoleone e la Legge 11 brumaio non è di sostanza, ma nasce da ciò che secondo il Codice Napoleone l'alienazione ha effetto ed efficacia in faccia ai terzi

(1) Troplong, art 2166, n. 778 ter.
(2) Troplong, art. 2154, n. 725.

dal momento in cui il contratto è perfetto col semplice consenso dei contraenti, laddove secondo l'articolo 28 della Legge 11 brumaio l'alienazione avea effetto in faccia ai terzi non dal dì del contratto, ma da quello soltanto della eseguita trascrizione. Il principio che informa l'articolo 2166 del Codice Napoleone è lo stesso onde era animato l'articolo 28 della Legge 11 brumaio. L'uno e l'altro conservano in vita le ipoteche e i privilegi inscritti al momento in cui la proprietà si trasferisce efficacemente dall'alienante nell'alienatario, e l'uno e l'altro fanno passare la detta proprietà dal primo nel nuovo aquirente libera e purgata dalle ipoteche e dai privilegi non inscritti. Ma siccome il dominio secondo il Codice Napoleone si trasferisce col semplice contratto di alienazione senza bisogno della formalità della trascrizione, laddove secondo la Legge 11 brumaio si trasmetteva soltanto il giorno della eseguita trascrizione del detto contratto sui registri del Conservatore delle Ipoteche; così da questa differenza deriva che giusta il Codice Napoleone il contratto di alienazione purga l'immobile alienato dalle ipoteche e dai privilegi non inscritti, e secondo la Legge 11 brumaio una tale purgazione avveniva soltanto dal giorno della trascrizione del contratto di alienazione (1). Il diritto che hanno i creditori ipotecari di esercitare la loro ipoteca o privilegio in faccia ai terzi possessori degli immobili gravati viene chiamato dai Francesi diritto *de suite* (2). Non deve però credersi che il diritto *de suite* sia, come pensa il Troplong (3), un diritto diverso e distinto dal diritto di preferenza. L'ipoteca non è altro che una causa legittima di prelazione, e siccome è un diritto reale, così il creditore può esercitare la prelazione che gli nasce dal suo diritto, sia che il fondo ipotecato trovisi in mano del debitore, sia che sia passato in potere di un terzo possessore (4). Ma affinchè questo diritto possa esercitarsi, è assolutamente mestieri che l'ipoteca e il privilegio sieno inscritti, perchè i privilegi e le ipoteche senza inscrizione sono meri diritti in potenza che non hanno alcun valore in

(1) Persil, art. 2166, n. 11.

(2) Troplong, art. 2166, n. 775.

(3) « L'inscription est destinée à réaliser deux effets capitaux, savoir: le droit de suite sur l'immeuble, et le droit de préférence sur le prix. » (Troplong, art. 2154, n. 720.)

(4) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 166, n. 215, tome XI.

faccia ai terzi, e che l'inscrizione si trovi già accesa al momento della alienazione, ossia nel punto in cui ha luogo il passaggio del fondo gravato dall'antico al nuovo proprietario, perchè altrimenti la proprietà passa libera e pura nelle mani dell'aquirente. Nè alla massima stabilita dall' articolo 2166 contraddice la disposizione dell'articolo 2182, il quale dichiara che la semplice trascrizione dei titoli translativi di dominio sopra il registro del Conservatore non libera l'immobile dai privilegi e dalle ipoteche sopra di esso esistenti. Imperocchè per ipoteche e privilegi esistenti quelli soli s'intendono che furono opportunamente inscritti, come saggiamente dichiarò una Decisione del Supremo Consiglio di Modena del 28 giugno 1833 (1). Ma è da avvertire che alla disposizione dell'articolo 2166 del Codice Civile recarono una importantissima modificazione gli articoli 834 e 835 del Codice di Procedura, secondo i quali è lecito ai creditori accendere validamente l'inscrizione dei loro privilegi e delle loro ipoteche anche dopo l'alienazione del fondo ipotecato, purchè una tale inscrizione sia presa entro 15 giorni dalla eseguita trascrizione del contratto di alienazione. Ond'è che in forza dei citati articoli del Codice di Procedura non più il semplice contratto di alienazione purga *ipso jure* i fondi alienati dalle ipoteche e dai privilegi non inscritti, ma una tale purgazione ha luogo soltanto dopo la scadenza del termine di 15 giorni dalla trascrizione del contratto eseguita dall'alienante o dall'alienatario sui registri del Conservatore delle Ipoteche (2). Ma sebbene i citati articoli 834 e 835 del Codice di Procedura abbiano modificata la massima dell'articolo 2166 del Codice Civile quanto al tempo in cui possono accendersi efficacemente in faccia al terzo possessore le inscrizioni dei privilegi e delle ipoteche anteriori al contratto di alienazione, in nessun modo derogarono al principio stabilito dal detto articolo 2166, secondo il quale il diritto *de suite*, ossia l'azione ipotecaria, è solo esercibile dai creditori inscritti.

1067. La disposizione dell'articolo 2166 è applicabile altresì alle donne maritate ed ai minori ed interdetti, a cui la legge accorda una ipoteca legale dispensata dall'obbligo della inscrizione, non che ai creditori, a cui gli articoli 2101, 2104 e 2107 attri-

(1) Dec. 1025, tomo 5, pag. 156.

(2) Troplong, art. 2166, n. 778 ter. — Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 215, tome XI. — Persil, art. 2166, n. 11.

buiscono un privilegio generale dispensato esso pure dalla formalità della inscrizione? Oppure anche questi creditori per potere esercitare l'azione ipotecaria contro il terzo possessore dovranno inscrivere la loro ipoteca o il loro privilegio entro i 15 giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione? Su questo puntò sono divise le opinioni dei Dottori. Il Persil sostiene che i privilegi generali dell'articolo 2101 sono dispensati dalla inscrizione finchè i beni immobili, su cui cadono, sono in mano del debitore; che in faccia al terzo possessore sono sottoposti alla inscrizione come tutti gli altri privilegi; che sono ad essi applicabili le disposizioni generali degli articoli 2166 del Codice Civile e 834 e 835 del Codice di Procedura; e che quindi il fondo alienato rimane da essi libero e sciolto se non sono inscritti entro il termine di 15 giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione (1). Ma quanto alle ipoteche legali delle donne e dei minori pensa che le medesime durano anche in faccia al terzo possessore senza bisogno della inscrizione dalla quale furono dispensate (2). Conforme all'opinione del Persil è quella del Duranton (3). Il Troplong ammette che il diritto *de suite* contro il terzo possessore compete ai creditori che hanno una ipoteca legale dispensata per legge dalla inscrizione, sebbene questa non sia stata inscritta nè prima, nè dentro il termine di 15 giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione, ma però sostiene che non possono in alcun modo intentare l'azione ipotecaria contro il terzo possessore se non hanno prima del giudizio accesa la lora inscrizione (4). Quanto poi ai privilegi generali dell'articolo 2101, è di parere anch'egli che questi non possono esercitarsi contro i terzi possessori se non sono inscritti entro il termine di 15 giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione (5). Ma Pannier (6) ac-

(1) Persil, art. 2107, n. 3.
(2) Persil, art. 2166, n. 12.
(3) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 216, tome XI.
(4) Troplong, art. 2166, n. 778 ter, 778 quat.
(5) Troplong, art. 2107, n. 273.
(6) « Quoique notre article ne donne le droit de suite qu'aux créanciers ayant privilège ou hypothèque inscrite, néanmoins ce droit appartient aux mineurs, aux interdits et aux femmes mariées, parce que leurs hypothèques sont dispensées de l'inscription, et qu'elles ont le même effet que si elles étaient inscrites. Il en est de même des privilèges, qui sont aussi

corda tanto alle donne ed ai minori, quanto ai creditori che hanno un privilegio generale dispensato dall'articolo 2101 dall'obbligo della inscrizione, il diritto di far valere la loro ipoteca ed il loro privilegio contro il terzo possessore indipendentemente dalla formalità della inscrizione.

Quanto ai privilegi generali dell'articolo 2101, io tengo col Troplong, col Persil e col Duranton che questi non sono dispensati dall'inscrizione in faccia ai terzi possessori, e ciò in forza delle generali espressioni degli articoli 2166 e 2167 del Codice Civile, e 834 e 835 del Codice di Procedura, sui quali si fonda il diritto che hanno i creditori privilegiati ed ipotecari di agire coll'azione reale contro il terzo possessore. E della verità di questa massima non può stare in forse chiunque considera che il legislatore non ha stabilito per la purgazione dei fondi dall'onere dei privilegi generali dell'articolo 2101 alcuna forma e solennità particolare e distinta da quelle che furono prescritte nel capo 8 per tutte le ipoteche e privilegi soggetti all'obbligo della inscrizione. Se i privilegi generali dell'articolo 2101 godessero della dispensa dalla inscrizione in faccia al terzo possessore, non avrebbe mancato il legislatore di provvedere all'interesse dello stesso terzo possessore indicandogli, come ha fatto sapientemente nel capo 9 per le ipoteche legali dei minori e delle donne, il modo di liberare il fondo dai detti privilegi con norme distinte da quelle che furono nel capo 8 stabilite per la purgazione dei fondi dalle ipoteche e dai privilegi soggetti all'obbligo della inscrizione. Appunto perchè la purgazione dei fondi dai detti privilegi generali restò per volontà della legge sottoposta alle regole e cautele generali del capo 8, è forza inferirne che i detti privilegi in faccia al terzo possessore non godono della dispensa dalla inscrizione, e devono essere inscritti, al pari degli altri privilegi costituiti sui beni immobili, entro 15 giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione del fondo gravato (1). E su questo punto mi riporto a ciò che ho detto nel secondo Volume (2). Non posso però dispensarmi dalla seguente avvertenza. Nel detto Volume appoggiandomi all'autorità

dispensés de la formalité de l'inscription. » (P. 275. — V. Commentaire des Privilèges et Hyp. par Troplong, tome II, Bruxelles, 1848, art. 2166, n. 778 4°, note 1, pag. 215.)

(1) Zachariæ, § 269.

(2) N. 398, pag 161.

del Troplong e del Persil, dichiarai (1) che i creditori aventi un privilegio generale, sebbene sottoposti all'obbligo della inscrizione in faccia al terzo possessore, possono però domandare grado anche senza di questa nel giudizio d'ordine, per essere preferiti nella distribuzione del prezzo agli altri creditori, e ciò perchè in faccia ai creditori sono dall'articolo 2107 dispensati dall'obbligo della inscrizione. Più mature riflessioni mi hanno convinto di essere caduto su questo punto in un errore, comecchè convalidato dall'autorità di sommi Giureconsulti, e non mi perito dal farne qui pubblica ritrattazione. È principio inconcusso che dopo la vendita giudiziale del fondo ipotecato, i diritti dei creditori si trasportano dal fondo sul prezzo. Se ciò è vero, sarà vero altresì che nel giudizio d'ordine, che si apre dopo la vendita giudiziale per la distribuzione del prezzo, i soli creditori potranno essere graduati, i quali avevano un privilegio od una ipoteca viva ed efficace sul fondo prima della fatta vendita. Posto dunque, come si è detto, che i privilegi generali dell'articolo 2101 rimangono estinti se non sono inscritti entro 15 giorni dalla trascrizione del contratto eseguita dal terzo possessore, come potrà essere trasferito sul prezzo un diritto che più non esisteva sul fondo al momento della vendita giudiziale eseguita o dopo il rilascio fatto dal terzo possessore, o in odio del medesimo? È verissimo che i privilegi generali dell'articolo 2101 sono in faccia ai creditori dispensati dalla formalità della inscrizione, ma come potranno giovarsi di detta dispensa dopo che cessarono di vivere? Quando il fondo del terzo possessore restò libero e purgato dai detti privilegi non inscritti entro 15 giorni dalla trascrizione, non manca ai creditori, a cui i detti privilegi competevano, qualsiasi titolo o fondamento per chiedere un grado nel giudizio d'ordine, avendo appunto il giudizio d'ordine per iscopo la classificazione dei creditori che aveano sul fondo venduto un diritto di privilegio o d'ipoteca vivo ed efficace? La morte, onde sono colpiti i detti privilegi per difetto d'inscrizione entro 15 giorni dalla trascrizione dell'atto di alienazione del fondo gravato, come libera e fa sicuro da ogni molestia il terzo possessore, così chiude loro la via di chieder grado nel giudizio d'ordine. Imperocchè non può esser lecito ad un creditore comparire in un giudizio d'ordine

(1) Pag. 164.

e chieder grado a nome di un privilegio prima dello stesso giudizio irrevocabilmente estinto. L'opinione contraria del Troplong (1), alla quale io aveva troppo leggermente aderito, è a parer mio una logica conseguenza della distinzione che egli fa tra il diritto di preferenza e il diritto *de suite* (2). Ma ho già avvertito più sopra che questa separazione tra il diritto *de suite* e il diritto di preferenza è inammissibile (3), e che il diritto ipotecario, o si tratti di una semplice ipoteca, o di un privilegio, non è altro che un diritto di preferenza radicato su di un fondo, ed esercibile perciò anche in faccia al terzo possessore (4). Quando il diritto reale del privilegio o dell'ipoteca è scomparso dal fondo, su cui gravitava, non svanisce solo il diritto *de suite*, ma altresì il diritto di preferenza, che è tutt'uno col diritto *de suite*, e allora solo il creditore può reclamare il diritto di preferenza sul prezzo del fondo, quando al fondo gravato, sul quale era vivo e integro il diritto del privilegio o dell'ipoteca, viene surrogato il prezzo che lo rappresenta.

Quanto poi alle ipoteche legali dei minori e delle donne, non può ad esse negarsi il diritto *de suite* contro i terzi possessori, indipendentemente dalla inscrizione dalla quale furono dispensate. E per provare che alle dette ipoteche compete un tal diritto, non devesi, come fanno alcuni, ricorrere alla disposizione dell'articolo 2135, il quale in termini generali ed assoluti dichiara che *esiste l'ipoteca indipendentemente da qualunque inscrizione* in vantaggio delle mogli e dei minori ed interdetti. Se quest'argomento valesse, allora bisognerebbe altresì accordare il diritto

(1) « En effet, bien que le privilège soit perdu à l'égard de l'acquéreur, et qu'il ne puisse par conséquent donner lieu à une action sur la chose, néanmoins l'action sur le prix subsiste toujours, et elle subsiste avec son privilège. Car, à l'égard des créanciers, peu importe le défaut d'inscription. » (Art. 2107, n. 274.)

(2) « Je conçois bien que le droit de préférence puisse subsister, quand le droit de suite est éteint. Ces deux droits sont différens l'un de l'autre, et le second peut survivre au premier. » (Art. 2109, n. 317.)

(3) N. 1066, pag. 90.

(4) « C'est ce droit qu'on appelle *droit de suite*. Mais en examinant bien les choses sous leur véritable point de vue, ce droit n'est point distinct de celui de préférence; il est seulement le moyen à l'aide duquel s'exerce cette préférence, en cas d'aliénation de l'immeuble. » (Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 166, tome XI.)

de suite ai privilegi generali dell'articolo 2101, perchè anche l'articolo 2107 dichiara in termini assoluti e generali che i detti privilegi *sono eccettuati dalla formalità della inscrizione.* Come la disposizione dell'articolo 2107 è una eccezione fatta all'antecedente articolo 2106 portante la massima generale che i privilegi sopra gl'immobili non hanno effetto *fra i creditori* se non siano stati resi pubblici colla inscrizione; così l'altra dell'articolo 2135, comecchè concepita in termini generali ed assoluti, deroga all'antecedente disposizione dell'articolo 2134, onde viene stabilita la massima generale che l'ipoteca non attribuisce prelazione *ai creditori* se non dal giorno della inscrizione. Il principio che l'ipoteca dura anche in faccia ai terzi possessori degli immobili vincolati è stabilito nell'articolo 2166, col quale viene confermata l'ultima parte dell'articolo 2114, nel quale è detto che l'ipoteca *resta inerente ai beni presso chiunque passino.* E siccome, giusta il detto articolo 2166, conservano le loro ragioni sopra l'immobile alienato i soli creditori che hanno una ipoteca inscritta: così è d'uopo cercare fuori del detto articolo, contenente una disposizione generale ed assoluta, la prova irrepugnabile che le ipoteche legali dei minori e delle donne hanno il diritto *de suite* contro i terzi possessori senza bisogno della inscrizione, a differenza dei privilegi generali dell'articolo 2101, comecchè questi sieno al pari delle ipoteche legali dei minori e delle donne dispensati dalla formalità della inscrizione. Questa prova si trova nelle disposizioni degli articoli 2193, 2194 e 2195, onde viene tracciata la via da battersi dal terzo possessore, che vuole liberare l'acquistata proprietà dall'onere delle ipoteche legali dispensate dalla inscrizione. Con queste disposizioni viene luminosamente ammesso dal legislatore che le dette ipoteche durano e si conservano in vita anche senza bisogno della inscrizione, ancorchè i fondi vincolati passino in qualunque terzo possessore. Come potrebbe sostenersi che le ipoteche legali dei minori e delle donne rimangono estinte in forza delle combinate disposizioni degli articoli 2166 del Codice Civile e 834 e 835 del Codice di Procedura quando non sieno inscritte entro il termine di 15 giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione, se il legislatore accorda per la purgazione dei fondi da dette ipoteche norme speciali e distinte da quelle che furono prescritte per le ipoteche e privilegi soggetti all'obbligo della inscrizione; se la trascrizione del contratto,

che è la solennità preparatoria e fondamentale del giudizio di purgazione quando trattasi delle ipoteche e privilegi soggetti alla formalità della inscrizione, non è punto prescritta per la purgazione dei fondi dalle ipoteche legali non inscritte dei minori e delle donne; se alla inscrizione di dette ipoteche è assegnato dalla legge il termine di due mesi dal giorno in cui venne affisso l'estratto, di cui parla l'articolo 2194, nell'aula d'udienza del Tribunale, avanti il quale fu dal terzo possessore intrapreso il giudizio di purgazione?

Ma se da una parte mi par chiaro che le ipoteche legali delle donne e dei minori durano, comecchè non inscritte, anche dopo l'alienazione dei fondi gravati, e dopo anche i 15 giorni dalla trascrizione eseguita dall'acquirente, dall'altra non posso convenire col Troplong, il quale insegna che anche le donne ed i minori hanno bisogno della inscrizione quando intentano l'azione ipotecaria contro il terzo possessore. E donde trae il Troplong una tale necessità? Egli ammette che non deriva da alcun testo di legge, e la deduce dalle combinate disposizioni dei capi 8 e 9 messe a confronto col capo 6 (1). A me pare al contrario che dal capo 9 risulti una prova irrefragabile non essere necessaria la inscrizione che in un solo caso, cioè nel solo caso contemplato dall'articolo 2194. E infatti stabilisce il legislatore nell'articolo 2193 che gli aquirenti d'immobili appartenenti a' mariti o a' tutori potranno *togliere* le ipoteche non inscritte delle mogli e dei minori esistenti sopra i beni da essi acquistati, e nei successivi articoli 2194 e 2195 fornisce loro il mezzo per riuscire a ciò. Da queste disposizioni è forza il concludere che le ipoteche legali dei minori e delle donne sussistono, sebbene non inscritte, sopra i beni dei mariti e dei tutori anche dopo l'alienazione degli stessi beni finchè non vengono tolte coll'adempimento delle formalità e condizioni prescritte nel capo 9. Ora, se le dette ipoteche durano in vita anche senza l'inscrizione, perchè i creditori cui competono non potranno valersene, e far uso delle azioni che dalle medesime derivano? Qual'è la disposizione di legge, che le

(1) « Quoique cette obligation du créancier ayant hypothèque légale ne ressorte d'aucune disposition expresse de la loi, elle me paraît résulter implicitement de la combinaison des chap. 8 et 9 avec le chap. 6. » (Art. 2166, n. 778 quat.)

condanna all'inerzia e all'inazione? Per qual motivo nel capo 8 vengono stabilite le norme atte alla purgazione dei fondi dalle ipoteche e privilegi inscritti? Il motivo è dichiarato nell'articolo 2183, cioè per garantire il terzo possessore dagli effetti de' procedimenti permessi nel capo sesto. Le forme stabilite nel capo 9 per la purgazione dei fondi dalle ipoteche dispensate dall' obbligo della inscrizione non possono non avere lo stesso scopo, quello cioè di garantire il terzo possessore dalle conseguenze delle azioni ipotecarie che possono essere intentate dai minori e dalle donne. Se questo è il motivo, onde furono animate le disposizioni del capo 9, è chiaro che i terzi possessori di beni gravati da ipoteche legali non inscritte spettanti a donne maritate o minori sono esposti agli stessi procedimenti, a cui possono andar soggetti i possessori di beni vincolati da ipoteche inscritte. Quando le ipoteche legali non inscritte dei minori e delle donne fossero condannate all'inerzia e all'inazione e non esponessero i terzi possessori al pericolo delle azioni ipotecarie, il legislatore non si sarebbe certamente dato il pensiero di tutelare l'interesse dei terzi possessori con rimedi diversi da quelli che furono da lui stabiliti per sottrarli al pericolo delle azioni spettanti ai creditori inscritti. Lungi adunque che le combinate disposizioni dei capi 8 e 9 favoriscano la opinione del Troplong, da esse anzi si può trarre un sicuro argomento per sostenere che le donne ed i minori possono intentare l'azione ipotecaria contro i terzi possessori anche senza bisogno di accendere le inscrizioni delle loro ipoteche legali. Il terzo possessore può certamente costringere il creditore, che ha un'ipoteca legale dispensata dall'obbligo della pubblicità, a domandare la sua inscrizione, ma ciò può fare in un caso solo determinato dalla legge, cioè quando per sottrarsi alle conseguenze delle azioni ipotecarie, si appiglia al partito di fare il giudizio di purgazione nel modo stabilito nel capo 9. Imperocchè in questo caso le ipoteche legali dispensate dall'obbligo della inscrizione devono essere inscritte in nome delle mogli, minori od interdetti sopra gli immobili acquistati dal terzo possessore entro il termine di due mesi dall'affissione dell'estratto del contratto traslativo del dominio nell'aula d'udienza del Tribunale (1). Ma se il terzo possessore non fa il giudizio di purgazione

(1) Art. 2194, 2195.

per liberare da dette ipoteche legali dispensate dalla inscrizione l'acquistata proprietà, i creditori cui competono, e ai quali la legge conserva integro anche dopo l'alienazione il loro diritto senza impor loro l'obbligo della inscrizione, non possono non avere la facoltà di esercitare contro il terzo possessore le azioni reali derivanti dal gius d'ipoteca legittimamente conservato. Se al terzo possessore, che non fa il giudizio di purgazione colle norme e cautele stabilite nel capo 9, si accordasse la facoltà di opporre alle donne ed ai minori, che intentano contro di lui l'azione ipotecaria, il difetto della inscrizione, se gli attribuirebbe un diritto non concessogli dal legislatore, e si imporrebbe ai detti creditori dispensati dall'inscrizione in modo assoluto, sia che i beni ipotecati rimangano in potere del debitore, sia che passino in mano di un terzo, un obbligo loro addossato dalla volontà della legge nel solo caso contemplato nell'articolo 2194. So che la opinione del Troplong è su questo punto quella altresì del maggior numero dei Giureconsulti Francesi. A me, convinto dell'errore di questa giurisprudenza, piace seguire la contraria sentenza del Professore Ernst (1).

1068. L'ipoteca del Codice Napoleone che ha conservati i caratteri essenziali dell'antica romana, è di sua natura indivisibile, e sussiste per intero sopra tutti gl'immobili obbligati, sopra ciascuno di tali immobili e sopra ogni parte di essi (2). Sono importantissimi gli effetti che da questa indivisibilità derivano nel caso di alienazione. Imperocchè perciò appunto che la ipoteca è indivisibile, il creditore può agire per l'intero suo credito coll'azione ipotecaria contro il possessore di una porzione qualunque anche minima dell'immobile ipotecato, senza che questi possa opporre la divisione dell'azione in proporzione del valore della porzione da lui posseduta posta a confronto col rimanente del fondo (3). Suppongasi che il debitore abbia costituito un di-

(1) « Faut-il absolument avoir privilége ou hypothèque inscrite? Oui, lorsque l'inscription est requise pour donner effet au privilége ou hypothèque; mais lorsqu'elle n'est pas requise pour leur existence, il n'en est plus de même. Ainsi l'hypothèque légale de la femme et celle du mineur donnent droit de suite et d'hypothèque, quoiqu'elles ne soient pas inscrites. » (P. 260.)

(2) Art 2114.

(3) Vol. 3, n. 538, pag. 41. — Persil, art. 2166, n. 4.

ritto d' usufrutto sull' immobile ipotecato a favore di un terzo, quali saranno i diritti del creditore ipotecario? Il Troplong dice che il creditore ipotecario ha il diritto *de suite* sul costituito usufrutto che è una porzione dell' immobile ipotecato (1). A torto il Tropolong chiama l'usufrutto una parte del dominio, mentre non è che un semplice diritto reale costituito sulla cosa altrui (2), e le parole di Paolo nella L. 4, D. *De usuf. et quem. quis utatur* — *Ususfructus in multis casibus pars dominii est,* — accennano, come insegnano i migliori Interpreti (3), all' usufrutto *causale*, cioè a quello che ha il padrone sulla cosa propria, e non punto all' usufrutto *formale,* che compete sulla cosa altrui. Ciò nullameno convengo, se non nel motivo, nella conclusione del Troplong, per la ragione che l' usufrutto, sebbene non sia una porzione di dominio della cosa ipotecata, è però un gius capace di ipoteca e di espropriazione al pari delle cose corporali possedute a titolo di dominio (4). L'ipoteca, onde è gravato un immobile, essendo un diritto indivisibile, non può non colpire altresì l' usufrutto che viene dal proprietario costituito sull' immobile ipotecato, e perciò al creditore ipotecario non può negarsi l' azione ipotecaria contro l' usufruttuario. A più forte ragione il diritto *de suite* e quindi l' azione ipotecaria competerà al creditore contro il possessore, a cui fu dal debitore dato in enfiteusi il fondo ipotecato, e ciò perchè l' enfiteuta ha un vero dominio utile sulla cosa data in enfiteusi.

1069. E se il debitore proprietario costituirà sul fondo ipotecato un diritto d' uso o di abitazione in favore di un terzo, o una servitù reale passiva, quali in questo caso saranno i diritti del creditore ipotecario? È certo che il debitore non può con un atto di alienazione pregiudicare ai diritti dei creditori che hanno un gius d' ipoteca sugli immobili alienati (5). Ma d' altra parte

(1) « Si celui qui a la pleine propriété aliène l'usufruit, cette distraction d'une partie de la chose ne portera pas préjudice au créancier hypothécaire, qui pourra poursuivre l'usufruit en main tierce; car l'usufruit est une portion de la chose. » (Troplong, art. 2168, n. 776.)

(2) Vol. 3, n. 569, pag. 78.

(3) Voet, lib. 7, tit. 1, n. 3. — Brunnemannus ad L. 4, D. lib. 7, tit. 1.

(4) Art. 2118, 2204.

(5) « Debitorem neque vendentem, neque donantem, neque legantem, vel fideicommissum relinquentem posse deteriorem facere creditoris conditionem, certissimum est. » (L. 15, C. *De pignoribus.*)

è pur certo che il debitore, come quegli che conserva il dominio intero sulla cosa ipotecata, può liberamente senza bisogno dell' assenso dei creditori ipotecari alienare gl' immobili ipotecati (1). L' unico diritto perciò che compete al creditore ipotecario nel caso di alienazione della cosa ipotecata è quello *de suite*, ossia il diritto d' intentare l' azione ipotecaria contro il terzo possessore. Ora quest' azione ipotecaria come potrebbe esercitarsi contro un diritto incorporale incapace di possesso, e non suscettivo del gius d' ipoteca, nè del giudizio di espropriazione? E siccome tali sono i diritti d' uso e di abitazione e le servitù reali, che non possono essere capaci nè di possesso, nè d' ipoteca, nè essere il soggetto di un giudizio di espropriazione (2), che è il risultato ultimo dell' azione ipotecaria; così il creditore ipotecario non potrà avere alcun diritto *de suite* contro il concessionario di un diritto d' uso o di abitazione o di una servitù prediale costituito dal debitore a favore di un terzo sul fondo ipotecato (3); salvo a lui soltanto il diritto di giovarsi dei rimedi che le disposizioni degli articoli 1188 e 2131 accordano al creditore, le cui garanzie e cauzioni furono pregiudicate o diminuite. E ben reca sorpresa che il Duranton accordi il diritto al creditore ipotecario di far valere il suo gius d' ipoteca anche contro i concessionarii di un diritto d' uso o d'abitazione o di una servitù reale imposto dal debitore sull' immobile ipotecato (4). I principii del Diritto ripugnano assolutamente all' opinione del Duranton. Nel caso di alienazione di tutto o di parte dell' immobile ipotecato altro diritto non compete al creditore ipotecario che il diritto *de suite* (5) con-

(1) N. 1065.
(2) Vol. 3, n. 522, 573, pag. 87 e 88.
(3) Troplong, art. 2166, n. 777 bis.
(4) « Non seulement un créancier avec privilège ou hypothèque sur l'immeuble peut exercer son droit contre un tiers détenteur de l'immeuble, mais il peut aussi l'exercer contre le tiers auquel le débiteur a, depuis l'inscription, consenti sur l'immeuble un droit d'usufruit ou d'usage, ou même un simple droit de servitude; autrement il dépendrait d'un débiteur de diminuer à son gré le gage de son créancier. Ce créancier pourrait donc, à défaut de payement, faire vendre l'immeuble, nonobstant la constitution d'usufruit ou de servitude. Il faudrait toutefois assigner le tiers pour voir dire que l'immeuble sera aliéné comme si l'usufruit ou la servitude n'existait pas. » (Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 217, tome XI.)
(5) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 166, tome XI.

tro l'alienatario quale possessore di tutto o di una parte del fondo gravato dall'ipoteca. L'usuario, il proprietario del fondo dominante, a cui fu dal debitore concessa una servitù prediale sul fondo ipotecato, divengono forse i possessori del fondo su cui venne costituito il diritto d'uso o d'abitazione o la servitù prediale? No certamente. Il dominio e il civile possesso del fondo ipotecato rimangono nel primo proprietario non ostante la concessione del diritto d'uso o di abitazione o della servitù prediale a favore di un terzo. Il diritto *de suite* resta come prima esercibile contro il proprietario e il possessore del fondo ipotecato. Il diritto d'uso o d'abitazione o di servitù reale costituito dal debitore sul fondo vincolato a garanzia del proprio creditore non è che un diritto reale incorporale, che sebbene diminuisca il valore della proprietà del fondo ipotecato sfugge per sua natura al diritto *de suite* e all'azione ipotecaria che solo può esercitarsi dal creditore contro il possessore del fondo. I beni mobili per destinazione congiunti all'immobile ipotecato cadono necessariamente come parte del fondo sotto l'ipoteca del creditore. Ma se questi vengono staccati dal fondo e ripigliano la loro natura di beni mobili, il diritto *de suite* non può esercitarsi contro questi beni mobili, sebbene il loro distacco dal fondo abbia del fondo stesso diminuito il valore. E perchè ciò? Perchè i beni mobili non sono capaci del diritto *de suite*, e perchè l'ipoteca rimane come prima radicata sul fondo, sul quale fu imposta, e non può seguire i mobili che dal fondo furono divelti come quelli che d'ipoteca sono incapaci. Per la stessa ragione se il debitore grava o di una servitù prediale o del diritto d'uso o di abitazione in favore di un terzo il fondo ipotecato a garanzia del suo creditore, il diritto d'ipoteca e quindi il diritto *de suite* rimane come prima radicato sul fondo, il quale soffre soltanto una diminuzione di valore in forza del diritto d'uso o di abitazione o di servitù prediale costituito a favore del terzo. Nessun diritto *de suite* potrebbe esercitare il creditore ipotecario contro il concessionario del diritto d'uso o di abitazione o della servitù costituita, sì perchè questi non è nè proprietario, ne'possessore del fondo; sì perchè il diritto d'uso o di abitazione o di servitù non è parte di dominio, ma un semplice diritto incorporale incapace di portar l'onere di una ipoteca e di essere il soggetto di un giudizio di espropriazione. La massima

stabilita dalla L. 15, C. *De pignoribus* — *Debitorem neque vendentem, neque donantem, posse deteriorem facere creditoris conditionem certissimum est* — deve essere intesa nel suo vero senso. Vuol dir forse questa Legge che il debitore non può alienare la cosa ipotecata, e che l'alienazione deve aversi per non fatta? No. Il vincolo dell'ipoteca non toglie al debitore nè il dominio, nè la libera disponibilità del fondo ipotecato. La citata Legge, come si raccoglie anche dalle ultime parole (1), questo solo importa che il creditore può far valere il gius di pegno contro l'alienatario, in quanto che i vincoli reali seguono la cosa anche dopo l'alienazione e sono esercibili in faccia a qualunque terzo possessore. Se il debitore può validamente alienare il fondo ipotecato, potrà anche validamente costituire sul medesimo un diritto d'usufrutto, o d'uso, o di servitù prediale. Ora l'azione, che la citata L. 15 riserva dopo l'alienazione al creditore ipotecario, potrà sempre esercitarsi contro l'alienatario? Una tale azione è la reale ipotecaria, la quale deriva dal gius d'ipoteca. Perchè dunque quest'azione possa esercitarsi contro l'alienatario, è assolutamente necessario che il soggetto dell'alienazione sia lo stesso fondo ipotecato o una parte del fondo, e ciò perchè l'alienatario in tanto è tenuto in quanto è possessore di tutto o di una parte della cosa gravata dell'onere inseparabilmente alla cosa stessa attaccato e congiunto. Ma quando il debitore non aliena il fondo ipotecato, ma impone semplicemente una servitù prediale sopra il medesimo a favore di un fondo vicino, il creditore non può esercitare la sua azione ipotecaria contro il padrone del fondo dominante per la ragione evidentissima che il diritto d'ipoteca è radicato sul fondo serviente, la proprietà del quale è rimasta interamente nel primo proprietario anche dopo la costituita servitù. Con qual diritto potrebbe il creditore ipotecario molestare il padrone del fondo dominante, se sul costituito diritto di servitù, che è un gius incorporale, non potè aggrapparsi il gius d'ipoteca radicato sul fondo rimasto in proprietà al debitore? È diversa la condizione dell'usufruttuario, a cui viene dal debitore proprietario ceduto il gius d'usufrutto sul fondo ipotecato, da quella del padrone del fondo dominante, a

(1) « Unde si tibi obligatam rem probare posse confidis, pignora persequi debes. » (L. 15, C. *De pignoribus*.)

favore del quale viene imposta una servitù prediale dal debitore sul fondo ipotecato a garanzia di un creditore. Contro l'usufruttuario può intentare il creditore ipotecario l'azione reale ipotecaria, perchè realmente, essendo il gius di usufrutto capace d'ipoteca e di espropriazione, il diritto d'ipoteca competente al creditore sul fondo dato in usufrutto non potè non radicarsi sullo stesso usufrutto in grazia della indivisibilità propria del gius d'ipoteca. Laddove il creditore ipotecario non può intentare contro il padrone del fondo dominante l'azione reale ipotecaria, inquantochè il gius di servitù acquistato dal detto proprietario è di tal'indole e natura che sul medesimo non può adagiarsi il vincolo dell'ipoteca, vincolo del quale sono suscettivi i soli fondi stabili, e a mala pena l'usufrutto sui fondi stabili costituito. Sono perciò due gli errori, onde è difettosa la dottrina del Duranton. L'uno, perchè egli assimila e parifica il caso della cessione di un diritto d'usufrutto a quello della costituzione di un diritto d'uso o di qualunque servitù prediale. L'altro, perchè sostiene che il creditore ipotecario può intimare al cessionario sia del gius d'usufrutto, sia della servitù prediale, che il fondo ipotecato sarà alienato giudizialmente come se l'usufrutto o la servitù non fossero mai state costituite. Il creditore ipotecario non ha altra azione che la reale ipotecaria, la quale è esercibile soltanto contro chi possiede la cosa o parte della cosa, sulla quale il gius d'ipoteca è radicato. L'azione ipotecaria per le ragioni dette non può intentarsi contro il terzo che acquistò un semplice diritto d'uso o di servitù prediale; ma può benissimo esercitarsi dal creditore ipotecario contro il terzo a cui fu ceduto il gius di usufrutto sul fondo ipotecato. E contro l'usufruttuario dovrà il creditore promuovere l'azione ipotecaria nel modo conforme all'indole e natura di una tale azione, ossia non potrà già intimare all'usufruttuario che il fondo sarà alienato come se l'usufrutto non esistesse, ma dovrà citarlo a pagare o a dimettere il fondo usufruttato. Che se coll'esercizio di quest'azione e quindi colla vendita giudiziale del gius di usufrutto il creditore ipotecario non verrà sodisfatto del suo credito, potrà con un secondo giudizio rivolgere la sua azione contro il proprietario del fondo nello stesso modo, onde il creditore, che intentò l'azione ipotecaria contro l'alienatario di una porzione del fondo ipotecato, il prezzo della quale non bastò all'intero paga-

mento, può esperimentare un secondo giudizio contro il proprietario dell' altra porzione. Nè dica il Duranton che negandosi l' azione contro il padrone del fondo dominante, rimarrebbe pregiudicato l' interesse del creditore ipotecario, e così si urterebbe contro il principio che toglie la facoltà al debitore di rendere deteriore la condizione del creditore ipotecario con atti di alienazione. Il creditore ipotecario nel caso di una cessione di un diritto d' uso o di una servitù prediale sul fondo ipotecato fatta dal debitore è nella stessa condizione in cui trovasi il creditore allorquando il debitore pregiudica la sostanza del fondo e ne diminuisce il valore distruggendo p. e. le fabbriche esistenti sul fondo, o atterrando le piante d' alto fusto che gli davano pregio ed importanza. E come in questi casi altra via non resta al creditore che di valersi dei rimedi che la legge gli fornisce quando per fatto del debitore viene diminuita la primitiva garanzia; così degli stessi rimedi dovrà e potrà far uso nel caso di un diritto d' uso o di una servitù prediale costituita dal debitore sul fondo ipotecato, inquantochè tali diritti sono un onere del fondo che ne possono grandemente scemare il valore con grande scapito del creditore ipotecario, il quale del resto non può esercitare l' azione ipotecario contro l' usuario o il padrone del fondo dominante.

1070. Molto meno il diritto *de suite* competerà al creditore ipotecario contro il conduttore dell' immobile ipotecato, in quanto che colui che prende a pigione una casa o in affitto un fondo rustico non solo non diviene possessore della casa o del fondo, ma neppure acquista quel diritto reale che pure si trasferisce colla concessione del diritto di uso o di abitazione o di una servitù prediale (1). Ma se il creditore ipotecario non ha l' azione ipotecaria contro il conduttore od affittuario, sarà però tenuto a rispettare i contratti di locazione del fondo ipotecato stipulati dal debitore? O il contratto d' affitto è anteriore alla costituita ipoteca o posteriore. Se è anteriore, mi pare fuor d' ogni dubbio dover essere rispettato dal creditore ipotecario. E infatti, se il compratore di un fondo affittato non può espellere l' affittuario o l' inquilino, il quale abbia una scrittura di locazione autentica o di data certa (2), a più forte ragione il contratto d' affitto risultante da

(1) « Non solet locatio dominium mutare. » (L. 39, D. *Locati.*)
(2) Art. 1743.

una scrittura autentica o di data certa anteriore alla costituita ipoteca dovrà essere rispettato e mantenuto dal creditore ipotecario, che acquista sul fondo datogli in ipoteca minori diritti che il compratore, nel quale si trasferisce la proprietà piena ed intera (1). Ed anche nel caso che l'affitto sia posteriore alla costituita ipoteca, dovrà essere rispettato dal creditore ipotecario, quando sia stato stipulato anteriormente all' apertura del giudizio di espropriazione dell' immobile ipotecato. Imperocchè l' ipoteca costituita a garanzia del creditore non priva il debitore nè del gius di proprietà, nè della libera disponibilità della cosa propria. Perciò il Codice di Procedura sotto il titolo — *Del pignoramento degli stabili* — dispone nell' articolo 691 che la nullità dell' affitto del fondo pignorato può pronunziarsi, ove i creditori o l'aggiudicatario la domandino, se l' affitto non abbia una data certa anteriore al precetto di pagamento; e che se l'affitto ha una data certa, i creditori possono sequestrare le pensioni o i fitti. Dalla quale disposizione rilevasi che i contratti d' affitto comecchè posteriori alla costituita ipoteca sono validi ed attendibili anche in faccia al creditore ipotecario sì veramente che abbiano una data certa anteriore al giudizio di pignoramento (2).

È però grande questione tra gli Interpreti sul punto, se il creditore ipotecario perda il diritto di pretendere le pensioni d' affitto dell' immobile ipotecato dal giorno dell' incominciato giudizio di pignoramento, quando queste sieno state anticipatamente pagate dal conduttore al proprietario locatore. Il Tarrible per impedire che il creditore ipotecario abbia a sentir pregiudizio dal fatto dei pagamenti anticipatamente eseguiti dal conduttore in mano del locatore, ricorre al ripiego di assimilare l'affitto, del quale furono prima della scadenza pagate le pensioni al locatore, al gius di usufrutto. Il cumulo delle pensioni che furono sborsate al locatore nel principio del contratto non è secondo il Tarrible che il prezzo della cessione che fa il proprietario al conduttore del diritto di percepire i frutti del fondo pel numero d' anni determinato dalla convenzione. Come pertanto il creditore ipotecario ha il diritto *de suite* contro l' usufruttuario, così pure a parer suo deve averlo contro il conduttore che col pagamento anticipato

(1) Persil, art. 2166, n. 7.
(2) Persil, art. 2166, n. 7. — Troplong, art. 2166, n. 777 ter.

delle pensioni acquistò il diritto di godere del fondo preso in affitto. A questa idea di Tarrible fa plauso il Persil (1). Al contrario il Dalloz (2), il Grenier (3), e il Troplong (4) la ripudiano energicamente come una manifesta violazione della legge. Credo anch' io che il pensiero del Tarrible sia un meschino ripiego contrario ai principj del Diritto. Imperocchè la differenza tra l'usufrutto, sebbene costituito per atto tra vivi, e la locazione è tanta che questa non si può mai convertire in un gius di usufrutto senza alterarne l'essenza e la natura. L'usufrutto infatti è un gius *in re,* e dà luogo all'azione reale; laddove l'affitto è un semplice gius *ad rem,* e attribuisce al conduttore una semplice azione personale (5). Anche secondo il Codice Napoleone l'usufrutto delle cose *immobiliari* viene annoverato tra le cose immobili per l'oggetto cui si riferiscono (6), e nessuno potrà mai sostenere che possa attribuirsi al gius del conduttore il carattere di cosa immobile. Ma se rigetto d'accordo col Troplong il ripiego del Tarrible, non posso però soscrivermi alla conclusione del Troplong, il quale pretende che il creditore ipotecario non abbia alcun diritto di costringere il conduttore a pagargli le pensioni già anticipatamente sborsate al debitore prima del giudizio di espropriazione, argomentando dalle disposizioni del Codice di Procedura (7). Il diritto reale dell'ipoteca colpisce non solo il fondo, ma altresì i frutti

(1) « M. Tarrible propose d'assimiler le bail dont le prix a été payé par anticipation, à un véritable usufruit. Cette proposition ne manquera pas sans doute d'être adoptée par la jurisprudence: elle satisfait la raison, elle rend la fraude infructueuse; et ce qu'il y a de plus à remarquer, c'est qu'elle est conforme aux principes. » (Persil, art. 2166, n. 7.)

(2) T. 17, p. 392.

(3) Tome I, n. 300.

(4) Art. 2166, n. 777 ter.

(5) Vol. III, n. 580. — L. 60, § 1, D. *De usuf. et quem. quis utatur.* — L. 5, § 1, D. *Si ususfr. petatur.* — Gudelini Comment. *De Jure Nov.*, lib. 3, cap. 7, n. 11 e 12.

(6) Art. 526. — Dec. del Sup. Cons. di Modena del 22 dicembre 1827, n. 590, tomo II, pag. 322.

(7) « D'après la volonté précise qui a présidé au Code de Procédure civile, il a été entendu que les paiemens de fermages faits par anticipation et de bonne foi devaient être ratifiés, et ne pouvaient donner lieu à aucun sujet de plainte de la part des créanciers inscrits. » (Troplong, art. 2166, n. 777 ter.)

che ne nascono, i quali essendo del fondo stesso un' accessione (1), s' immobilizzano a favore del creditore ipotecario dal giorno del giudizio di espropriazione (2). Ciò posto, il conduttore, che pagò al debitore proprietario le pensioni anticipate del fondo ipotecato, non potrà contrastare al creditore ipotecario l' esercizio del diritto che a questo compete sui frutti, se non potrà vantare sui detti frutti un diritto più forte di quello che spetta allo stesso creditore ipotecario. Ma qual diritto più forte può mettere in campo il conduttore sui frutti del fondo, se questi non ha sul fondo alcun diritto reale, mentre al contrario il creditore ipotecario ha sul fondo e per conseguenza sui frutti che ne provengono un diritto reale? Non si opponga che la legge obbliga il creditore ipotecario a rispettare il contratto d' affitto stipulato dal conduttore col proprietario debitore. Ciò sia pure: ma se il conduttore vuole che il creditore ipotecario rispetti il suo contratto d' affitto, paghi allo stesso creditore le pensioni scadute dal giorno del giudizio di espropriazione, come quelle che rappresentano i frutti (3), ai quali il creditore ha un incontrastabile diritto. Il creditore ipotecario o ha diritto ai frutti del fondo ipotecato, o no. Se vi ha diritto, la legge non può costringerlo a rispettare il contratto d' affitto se non sotto la tacita condizione che il conduttore adempia con lui gli obblighi del contratto, e gli paghi perciò le pensioni che sono il prezzo dei frutti a lui dovuti. Quando il conduttore paga anticipatamente le pensioni avvenire del fondo preso in affitto, in realtà forma un credito col locatore da compensarsi di mano in mano colle pensioni che andranno maturando, e ciò perchè paga somme non ancora dovute. Ora verificatasi dopo l' apertura del giudizio di espropriazione la scadenza delle pensioni dal conduttore dovute, potrà questi opporre al creditore reclamante il pagamento delle maturate pensioni l' eccezione di compensazione per le somme anticipatamente pagate al locatore in sul principio dell' affitto? No, certamente no. Imperocchè alla compensazione osta la nota regola di Diritto — *Debitor judicio conventus regu-*

(1) L. 16, § 4, D. *De pignoribus*.

(2) Dec. del Sup. Cons. di Modena n. 992 del 30 gennaio 1833, tomo V, pag. 112.

(3) « Prædiorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur. » (L. 36, D. *De usuris*.)

lariter id solum compensat, quod sibi vicissim ab actore est debitum — (1). L' argomento che il Troplong tira dall' articolo 691 del Codice di Procedura è un mero sofisma. Il creditore ipotecario, egli dice, non ha diritto ai frutti del fondo espropriato, se questo fu validamente dato in affitto anteriormente al giudizio di espropriazione, perchè l' articolo 691 del Codice di Procedura gli accorda la sola facoltà di domandare il sequestro delle pensioni scadute dopo la denunzia fatta al debitore. Se le pensioni non sono più dovute, manca la materia del sequestro, e il creditore ipotecario nulla può pretendere (2). È facile il rispondere. Dichiara il Codice di Procedura nell'articolo 689 che i frutti maturati dopo la denunzia fatta al debitore pignorato *sortono la natura dello stabile* per essere distribuiti unitamente al prezzo di questo ai creditori secondo il loro ordine d' ipoteca, e nell' articolo 691 che quando gli stabili pignorati trovansi affittati e l'affitto ha una data certa, i creditori possono sequestrare le pensioni e i fitti scaduti dopo la detta denunzia fatta al debitore pignorato, che si considerano come stabili e si convertono come è prescritto per i frutti nell' articolo 689. Il diritto, che il Codice di Procedura attribuisce ai creditori ipotecari sui frutti, e in luogo dei frutti sulle pensioni dello stabile espropriato maturate dopo l' apertura del giudizio di espropriazione, è assoluto e non subordinato ad alcuna condizione. Qualunque sieno dunque le clausole del contratto d' affitto stipulato fra il debitore e il conduttore, il diritto dei creditori ipotecari sui frutti o sulle pensioni maturate dopo il giudizio di espropriazione rimarrà fermo ed incrollabile, come quello che viene accordato dalla legge in vista del gius reale che il creditore ipotecario ha sui frutti del fondo ipotecato immobilizzati dopo il detto giudizio. Quando il sequestro deve farsi su cose corporali, di questo può mancar la materia, se le cose da sequestrarsi non esistono, come, p. e., se i frutti del fondo maturati dopo il giudizio di espropriazione furono distrutti o consunti. Ma quando il sequestro cade sulle pensioni, di cui parla l'articolo 691 del Codice

(1) Voet, lib. 16, tit. 2, n. 7.

(2) Ces derniers (cioè i creditori inscritti) ont sans doute le droit de faire saisir les loyers et fermages, quand il en est dû; mais quand il n'en est pas dû, la matière manque pour la saisie, et les créanciers doivent se contenter de la valeur du fonds, et s'interdire d'inquiéter le fermier de bonne foi. » (Troplong, art. 2166, n. 787 ter.)

di Procedura, la materia del sequestro non può venir meno, in quanto che del pagamento delle pensioni *dies cedit et venit*, per usare il linguaggio delle Leggi Romane, dopo soltanto la loro scadenza, e il conduttore non può pretendere che gli sia menato buono un pagamento immaturo, il quale se è valido in faccia al locatore, non può essere efficace in faccia ai creditori ipotecari, i quali hanno in forza del gius reale loro competente sul fondo un diritto assoluto o ai frutti o alle pensioni che li rappresentano maturate dopo il giudizio di espropriazione. Quando il Troplong dice che manca la materia del sequestro, se furono anticipatamente pagate le pensioni al locatore, suppone, asserendo ciò, come verità incontrastabile che il pagamento delle pensioni anticipate sia attendibile in faccia altresì ai creditori ipotecari; laddove non potendosi ammettere la efficacia di un tale pagamento, il debito del conduttore riman vivo, e così fornisce la materia del sequestro. Il conduttore che pagò prima del tempo le pensioni avvenire al locatore non può avere altro diritto che di ripetere coll'azione d'indebito dal locatore le pagate pensioni, perchè il diritto del creditore ipotecario, che è reale sul fondo e sui frutti immobilizzati dall'apertura del giudizio di espropriazione, in luogo dei quali stanno appunto le pensioni del conduttore, non può non essere prevalente al diritto personale dello stesso conduttore. Anche il sommo Voet, contemplando il caso che uno Statuto obblighi l'acquirente di un fondo a rispettare il contratto di locazione stipulato prima della alienazione dall'alienante, insegna che il successore particolare è tenuto a rispettare la locazione sì veramente che il conduttore gli paghi le pensioni maturate dopo l'acquisto del fondo, quand'anche sieno state anticipatamente pagate al locatore, e che al conduttore è salva soltanto l'azione d'indebito contro il locatore per ripetere le pensioni anticipatamente soddisfatte (1). La quale dottrina del Voet è applicabilissima al caso,

(1) « Ex adverso etiam, quoties ex statuto vel consuetudine locationi cedit venditio, ita demum sucessor particularis inquilinum habitantem, colonumve fruentem, ad finem usque ferre debet, si ei conductor temporis insequentis pensiones solvere paratus sit. Cum enim ex acquisito dominii aut ususfructus jure emptor, legatarius, fructuarius secundum naturalem rationem fructum usumque rei percepturi fuissent, nisi conductoribus id privilegium datum esset, ne ante finem temporis cum maximo

di cui discorro, e dà una luminosa conferma alle ragioni, onde ho dimostrato che il creditore ipotecario, qualunque sia la data della sua ipoteca, ha tutto il diritto di pretendere dal conduttore del fondo ipotecato le pensioni d' affitto maturate posteriormente all' intentata azione ipotecaria, sebbene sieno state anticipatamente pagate al locatore, e che allo stesso conduttore non può riservarsi che l' azione d' indebito per ripetere dal locatore le pensioni prima del tempo soddisfatte (1).

1071. Può darsi che prima del giudizio di espropriazione il fondo che ne forma il soggetto sia stato dato in anticresi ad un creditore. Gli altri creditori saranno tenuti a rispettare il detto contratto d'anticresi, e dovranno lasciare il godimento dei frutti al creditore, a cui fu a detto titolo ceduto il fondo dal debitore? L'anticresi, a differenza del pegno e dell'ipoteca, non dà alcun diritto reale sul fondo dato in godimento al creditore, il quale in virtù del detto contratto non acquista che la facoltà di percepirne i frutti sotto la condizione d'imputarli annualmente a sconto degli interessi, se gli sono dovuti, e quindi del capitale del suo credito (2). Ciò posto, o il creditore anticretico si trova in conflitto coi creditori chirografari del comun debitore, che domandano il sequestro dei frutti raccolti dal fondo dato in anticresi, e in questo caso nessun diritto potranno esercitare questi creditori su detti frutti in pregiudizio di lui. Imperocchè l'anticresi si risolve in un contratto di vendita dei frutti nascituri dal fondo dato in anticresi, e i creditori chirografari nessun diritto possono esercitare sui beni mobili alienati dal debitore in buona fede prima

sæpe suo dispendio depelli queant, æquum plane, ut id saltem, quod fructuum vicem gerit, adeoque pensio iisdem cedat. Quod et ita jure civili cautum in casu, quo singulari jure constitutum erat, ut ementes a Fisco rem fiscalem starent locationi per Fiscum factæ, L. ult. D. *De jure Fisci*, ac usque adeo obtinet, ut, si conductor temporis totius mercedem repræsentaverit, seu in antecessum solverit locatori, pro rata tamen emtori similibusque pro mercede devinctus sit, indebiti condictione repetiturus a locatore id omne, quod ultra alienationis factæ diem solutum fuit; quippe quod ex alienationis subsecutæ eventu indebitum apparet. » (Voet, lib. 19, tit. 2, n. 19.)

(1) Dec. del Sup. Cons. di Modena, n. 620 del 26 aprile 1828, tomo III, pag. 42.

(2) Art. 2085.

del giudizio di sequestro o pignoramento (1). O al contrario è aperto il giudizio di espropriazione del fondo dato in anticresi, e il creditore anticretico si trova in collisione coi creditori che hanno ipoteca sullo stesso fondo, e in questo caso siccome dal giorno dell'apertura del giudizio di espropriazione i frutti del fondo si immobilizzano a favore dei creditori ipotecari, il cui diritto reale si estende ai frutti immobilizzati; così il creditore anticretico, che non ha sul fondo nessun diritto reale, non potrà contrastare al creditore ipotecario, qualunque sia la data della sua ipoteca, il pieno esercizio dei suoi diritti sui frutti del fondo dal giorno in cui fu aperto il giudizio di espropriazione. Posto che i frutti si immobilizzano dal detto giorno, il creditore cui fu dato il fondo in anticresi non può eccepire di essere divenuto cessionario dei frutti che ne sarebbero nati, in quanto che i frutti che nascono dopo il giudizio di espropriazione non avendo il carattere di beni mobili rimangono necessariamente sottratti al contratto di alienazione che si opera mediante l'anticresi, come quello che non colpisce la sostanza del fondo e di conseguenza neppure i frutti maturati dal giorno dell'apertura del giudizio di espropriazione, che in forza della immobilizzazione formano una parte inseparabile dalla sostanza del fondo. Del resto toglie su questo punto ogni ombra di dubbio la disposizione dell'articolo 2091, il quale dichiara che il contratto d'anticresi non porta verun pregiudizio alle ragioni che potessero spettare ai terzi sopra gli immobili dati in anticresi. La quale disposizione non può non essere applicabile al creditore che ha una ipoteca o un prilegio sul fondo dato in anticresi, qualunque sia la data della sua ipoteca, anteriore o posteriore al contratto d'anticresi. Imperocchè appunto perchè il creditore ipotecario ha un diritto reale sul fondo ipotecato, che colpisce il fondo ed i frutti immobilizzati che ne formano parte, il contratto d'anticresi, che non attribuisce sul fondo alcun diritto reale al creditore cessionario, non può essere opposto e recar pregiudizio ai creditori ipotecari. E qui non posso rimanermi dal notare che le stesse ragioni, che adduce il Troplong per provare che non ostante il contratto d'anticresi il creditore ipotecario ha diritto ai frutti del fondo dal giorno del giudizio di espropriazione, servono a dimostrare che le pensioni

(1) Troplong, art. 2166, n. 778.

d'affitto del fondo espropriato maturate dopo l' apertura del detto giudizio di espropriazione devono essere pagate ai creditori ipotecari, sebbene fossero state anticipatamente soddisfatte dal conduttore al locatore (1). Quale è la ragione in fatti, su cui si fonda il Troplong per negare al creditore, che ha in suo favore il contratto d'anticresi anteriore al giudizio di espropriazione, il diritto di pretendere i frutti del fondo in pregiudizio dei creditori ipotecari? La ragione da lui addotta si è che i frutti s'immobilizzano dal giorno della espropriazione a favore dei creditori ipotecari, e che perciò diventando parte del fondo e perdendo la qualità di cosa mobile non possono essere aggiudicati al creditore che stipulò il contratto d'anticresi, come quello che non ha sul fondo alcun diritto reale (2). Ora io dimando al Troplong: l'azione ipotecaria può esercitarsi sul fondo dato dal debitore in affitto? Sì certamente. Questo diritto non può essere contrastato al creditore ipotecario. Dunque, poichè può aver luogo l'espropriazione di un fondo dato dal debitore in affitto ad un conduttore, questa espropriazione deve esercitarsi con tutte le sue conseguenze ordinarie. Non è una conseguenza del giudizio di espropriazione che i frutti del fondo s'immobilizzano dall'apertura del detto giudizio a favore dei creditori ipotecari? Questa conseguenza è incontrastabile, ed ammessa anche dal Troplong (3). Se dunque i frutti sfuggono all'anticresi per cadere sotto i colpi dell'ipoteca appunto perchè dall'apertura del giudizio di espropriazione fanno parte del fondo, per la stessa ragione sfuggir dovranno al conduttore i frutti del fondo a lui dato in affitto, in quanto che l'anticresi e la locazione hanno questo di comune che nè l'una nè l'altra attribuiscono al concessionario un diritto reale sul fondo. E se nessun diritto ha il conduttore sui frutti immobilizzati, sui quali per la ragione già detta hanno un diritto assoluto i creditori ipotecari, è chiaro che questi non potranno essere tenuti a

(1) Num. antecedente.

(2) « Puisque la saisie peut s'exercer sur le fonds antichrésé, elle doit s'y exercer avec toutes ses conséquences ordinaires. Les fruits font dès lors partie du fonds, et ils échappent à l'antichrèse, pour tomber sous le coup de l'hypothèque. » (Troplong, art. 2166, n. 778.)

(3) « L'action hypotécaire immobilise les fruits, lorsqu'elle se dirige contre un tiers détenteur. Elle les immobilise également lorsqu'elle saisit entre les mains du débiteur la chose hypothéquée. » (Art. 2166, n. 778.)

rispettare il contratto di locazione stipulato dal debitore col conduttore, se quest'ultimo non paga loro le pensioni dell'affitto che rappresentano i frutti già immobilizzati, qualunque sieno del resto gli anticipati pagamenti da lui fatti al locatore (1).

1072. In Francia, prima che fosse attuato il sistema della pubblicità delle ipoteche, il creditore, che agiva con azione ipotecaria contro il terzo possessore, doveva ottenere una sentenza di dichiarazione d'ipoteca, per la quale veniva riconosciuto che il fondo, contro cui l'azione era stata volta, era gravato dall'onere dell'ipoteca all'attore competente, e dopo che una tale sentenza era passata in cosa giudicata, il vincitore procedeva agli atti di esecuzione contro il terzo possessore citandolo a pagare il debito o a rilasciare il fondo (2). Secondo i principj del Codice Napoleone la legge stessa dichiara obbligato il terzo possessore in vigore della sola inscrizione a tutti i debiti ipotecari (3). Perciò il creditore è dispensato dall'obbligo di provocare la sentenza di dichiarazione d'ipoteca contro il terzo possessore, ed è autorizzato (4) a fare al medesimo immediatamente l'intimazione di pagare l'intero debito esigibile, o di rilasciare il fondo. Dopo la quale se nessuna eccezione viene opposta contro il merito della stessa intimazione dal terzo possessore, e questi tralascia di soddisfare pienamente ad una delle accennate obbligazioni che la legge gl'impone come una conseguenza del possesso, allora il creditore dopo il termine di trenta giorni ha il diritto di procedere agli atti di esecuzione domandando la vendita del fondo a sua garanzia ipotecato. La qual vendita è il risultato ultimo dell'ipoteca anche in faccia al terzo possessore. Imperocchè l'ipoteca non è altro che una causa legittima di prelazione nella distribuzione del prezzo del fondo ipotecato, ed è tale tanto se il fondo si trova nelle mani del debitore, quanto se passò nel dominio di un terzo possessore, non potendo il passaggio del fondo dall'uno all'altro proprietario variar l'indole e la essenza dell'ipoteca. Se l'alienazione non fa perdere al creditore la sua ipoteca, neppure

(1) Zachariæ, tome 1, § 286, n. 1 e 2.

(2) Troplong, art. 2166, n. 779 bis. — Duranton, liv. 3, tit. 18, tome XI, n. 225.

(3) Art. 2167.

(4) Art. 2168, 2169. — Dec. del Sup. Cons. di Modena, n. 864, del 18 gennaio 1831, tomo IV, pag. 161.

può attribuirgli maggiori diritti di quelli ch' egli avrebbe potuto esercitare in contraddittorio del debitore proprietario. E siccome prima della alienazione fatta dal debitore del fondo ipotecato il creditore non può avere che il solo diritto di domandarne la vendita e la distribuzione del ricavato prezzo secondo il grado da fissarsi nel giudizio d'ordine (1); così anche in faccia al terzo possessore la vendita del fondo e il successivo giudizio d' ordine per la distribuzione del prezzo sono il risultato finale dell'azione intentata contro di lui dal creditore. Egli è perciò che l'articolo 2166 non si limita a stabilire che i creditori inscritti ritengono le loro ragioni sopra l'immobile ipotecato ancorchè passi in qualunque altro possessore, ma dichiara — *per essere collocati e pagati secondo l'ordine dei loro crediti o inscrizioni.* Se però contro il merito della ricevuta intimazione il terzo possessore opponga una qualche eccezione, in questo caso si rende necessaria una sentenza che condanni l'opponente a pagare il debito o a dimettere il fondo, oppure lo assolva dalla pretesa spiegata ingiustamente dal creditore.

Articolo 2167.

Se il terzo possessore non adempie alle formalità che verranno stabilite in appresso, onde rendere libera la sua proprietà, resta, in vigore della sola inscrizione, obbligato come possessore a tutti i debiti ipotecarj, e gode dei termini e dilazioni accordate al debitore originario.

Articolo 2168.

Il terzo possessore è tenuto nel caso stesso, o a pagare tutti gl' interessi e capitali esigibili, qualunque sia

(1) « Communi itaque jure creditor hypothecam vendere debet. » (L. 3, C. *De pactis pignorum.*) — L. 3, C. *Si in causa judicati.* — L. 3, C. *De jure dom. impetrando.*

la somma cui possano ammontare, o a rilasciare, senza alcuna riserva, l'immobile ipotecato.

SOMMARIO.

1073. Osservazioni contro la critica che fa ingiustamente il Troplong alla disposizione dell' art. 2167. Vera natura dell' obbligazione che ha il terzo possessore in faccia ai creditori ipotecari di pagare i debiti garantiti con ipoteca sul fondo da lui posseduto. In qual modo il terzo possessore può sottrarsi alla sua obbligazione? Quale deve essere la conclusione del libello del creditore che si rivolge coll' azione ipotecaria contro il terzo possessore?

1074. Tanto secondo i principj del diritto Romano, quanto secondo quelli del Codice Napoleone l' azione ipotecaria deve intentarsi contro chi possiede il fondo ipotecato a titolo di dominio.

1075. Può intentarsi anche contro l' usufruttuario, a cui fu dato in usufrutto il fondo ipotecato, e a più forte ragione contro l' enfiteuta.

1076. Il creditore non può intentare l' azione ipotecaria contro il terzo possessore prima della scadenza del debito dalla ipoteca garantito.

1077. La obbligazione del terzo possessore in faccia al creditore ipotecario tanto si estende quanto la ipoteca radicata sul fondo, senza alcun riguardo al valore dello stesso fondo. Il terzo possessore è tenuto al pagamento di tutti gli interessi dovuti sul capitale al creditore ipotecario?

1078. Secondo i principj del Codice Napoleone il terzo possessore molestato con azione ipotecaria da un creditore non è in diritto di opporre l' antico benefizio *cedendarum actionum*.

1079. Il terzo possessore non può opporre al creditore che gli muove l' azione ipotecaria il diritto di ritenzione per avere pagato col prezzo del fondo un altro creditore ipotecario anteriore, o per essersi compensato di un suo credito anteriore a quello, pel quale è molestato.

1080. Il terzo possessore che pagò un debito ipotecario, quale azione può esercitare contro gli altri possessori di beni obbligati per l' istesso credito?

1081. Il terzo possessore molestato coll' azione ipotecaria se non vuole pagare le somme al creditore dovute, può fare il rilascio del fondo. Col rilascio si risolve il dominio dell' alienatario.

1082. Entro qual termine il terzo possessore deve fare il rilascio del fondo?

1083. Il terzo possessore molestato da un creditore coll'azione ipotecaria può volendo fare il giudizio di purgazione entro un mese dalla intimazione a lui fatta di pagare o di rilasciare il fondo. Il qual mese è computato dal legislatore di 30 giorni.

1073. L'ipoteca, che è un diritto rispetto al creditore, è riguardo alla cosa ipotecata una obbligazione accessoria che si aggiunge a quella del debitore, e lo scopo dell'azione ipotecaria è il pagamento del debito dalla stessa ipoteca garantito. E siccome trattasi di una obbligazione inerente ad una cosa, così il possessore del fondo ipotecato non può non essere risponsabile, in grazia del possesso, della stessa obbligazione onde è gravato il fondo posseduto, e dice perciò a ragione l'articolo 2167 che il terzo possessore, che non rende libera la sua proprietà colle forme a tal uopo stabilite, resta in vigore della sola inscrizione obbligato come possessore a tutti i debiti ipotecari. E a dir vero non so capire il perchè il Troplong (1) si faccia a criticare la disposizione dell'articolo 2167, e sostenga che il terzo possessore non può essere obbligato al pagamento del debito ipotecario. Se compro un fondo, sul quale altri ha un gius di servitù, non sono io obbligato a tollerare che il proprietario del fondo dominante faccia uso del suo diritto sul fondo da me acquistato? Eppure io non ho stipulato alcun contratto con lui, nè la mia obbligazione deriva da un quasi contratto, nè io sono l'erede del padrone, che gravò il fondo dell'onere della servitù! La mia obbligazione nasce dal possesso del fondo gravato dal mio autore della servitù concessa al vicino proprietario. Insomma sono obbligato a soffrir l'uso e l'esercizio della costituita servitù nella mia qualità di possessore del fondo serviente. Per la stessa ragione l'acquirente di un fondo gravato da ipoteche è risponsabile del pagamento dei debiti ipotecari nella sua qualità di possessore, e la causa di questa obbligazione viene chiaramente indicata dal citato articolo 2167 colle parole —

(1) « Il est faux, en effet, que le tiers détenteur soit obligé au paiement de la dette. Comment peut-on être obligé, en effet, sans contrat ni quasi-contrat, et lorsqu'on n'est pas l'héritier du débiteur? Le tiers détenteur, comme bien-tenant, n'est tenu que d'une seule chose, de délaisser; c'est là tout ce qu'on peut exiger de lui. » (Troplong, art. 2167, n. 782.)

obbligato come possessore a tutti i debiti ipotecari. La obbligazione di pagare i debiti ipotecari, da cui è stretto il possessore di un fondo gravato da ipoteche, non è una obbligazione assoluta, ma dipendente dal possesso, da cui ha causa. Ha torto il Troplong di dire che il terzo possessore non ad altro è obbligato che al rilascio del fondo. Egli confonde l'obbligo del terzo possessore col rimedio onde questi può far uso per liberarsi dalla obbligazione a cui è tenuto in forza del possesso della cosa ipotecata. La obbligazione del terzo possessore molestato con azione ipotecaria deve misurarsi dal diritto dell'attore, e dalla dimanda che deve fare quest'ultimo nella conclusione del libello. L'azione ipotecaria, sebbene sia reale, non è un'azione di rivendicazione. Se ciò è vero, se è vero che lo scopo unico dell'azione ipotecaria è il pagamento del debito dalla ipoteca garantito, se è vero che la ipoteca è un semplice diritto reale costituito sopra beni immobili a garanzia di una obbligazione, e che l'azione ipotecaria non è che l'esercizio del gius d'ipoteca, è chiaro che il creditore ipotecario, il quale intenta l'azione ipotecaria, ha diritto di chiedere il pagamento del credito, del quale sta mallevadrice la costituita ipoteca. E se il creditore ipotecario è in diritto di fare una tale dimanda, è evidente che al terzo possessore citato coll'azione ipotecaria deve incomber l'obbligo di soddisfarvi, perchè il diritto dell'attore deve avere rispondenza all'obbligo del reo convenuto. L'argomento che adduce il Troplong (1) per provare che la obbligazione del terzo possessore citato dal creditore ipotecario non appartiene alla specie delle obbligazioni alternative, non regge. Se il fondo perisce, egli dice, per forza maggiore, il terzo possessore, sebbene posto nella impossibilità di fare il rilascio, non è tenuto a pagare il debito ipotecario. Dunque l'obbligazione di pagare non è alternativa in quanto che l'articolo 1193 dispone che l'obbligazione alternativa diviene pura e semplice, se una delle due cose promesse perisce e non può più essere consegnata. È facile confutare questo argomento. L'obbligo che ha il terzo possessore di pagare il debito ipoteca-

(1) « Ainsi, p. e., personne ne soutiendra que, si le détenteur vient à se trouver par un fait de force majeure dans l'impossibilité de délaisser l'immeuble anéanti par une inondation, il doit payer les sommes garanties sur cet immeuble; et c'est cependant ce qu'il faudrait dire s'il y avait de sa part obligation alternative. » (Art. 2167, n. 782.)

rio non è, come già si è detto, un obbligo assoluto, ma dipendente dal possesso della cosa gravata, che ne è la causa. Quest'obbligo del terzo possessore non perde mai questo carattere di dipendenza che ha dal possesso della cosa, perchè il terzo possessore è obbligato *come possessore* al pagamento dei debiti ipotecari. Quando perisce il fondo ipotecato, e il terzo possessore trovasi nella impossibilità di fare il rilascio, perchè non diviene pura e semplice l'obbligazione che incombe al terzo possessore di pagare il debito, e non è applicabile la disposizione dell'articolo 1193 invocato dal Troplong? È chiara la ragione. Siccome il terzo possessore è obbligato al pagamento del debito ipotecario nella sola qualità di possessore, così quando il fondo perisce per forza maggiore, e cessa di conseguenza il possesso che ne aveva il terzo possessore, non può divenire puro e semplice l'obbligo che egli prima aveva di pagare il debito ipotecario, in quanto che la perenzione del fondo, estinguendo la causa e la fonte della obbligazione del terzo possessore, fa svanire interamente la stessa obbligazione di lui in faccia al creditore ipotecario. Quando il fondo ipotecato perisce, il terzo possessore non può fare il rilascio, perchè ne manca il soggetto, e neppure può essere tenuto al pagamento del debito ipotecario, perchè la perenzione del fondo estingue la causa della obbligazione, da cui egli era stretto. Ma si può concedere al Troplong che l'obbligo di pagare il debito ipotecario non è pel terzo possessore una obbligazione alternativa. Imperocchè è meglio un obbligo semplice, e non alternanativo, di cui è causa il possesso del fondo gravato. Secondo il Troplong l'obbligo del terzo possessore è quello del rilascio, e il pagamento del debito non è che una facoltà a lui concessa per sottrarsi al detto obbligo (1). Per me la cosa procede con ordine inverso, ossia il terzo possessore è obbligato come possessore al pagamento del debito ipotecario, e il rilascio è una facoltà a lui competente per isciorsi dal detto obbligo impostogli dalla qualità di possessore. Il fondo ipotecato è o no vincolato al pagamento del debito ipotecario? Quest'obbligo del fondo è l'immediata conseguenza del gius d'ipoteca. Le leggi Romane forniscono la prova

(1) « Concluons donc que le paiement des charges hypothécaires est une pure faculté pour le tiers détenteur. C'est à tort que notre article le qualifie d'*obligé* au paiement. » (Troplong, art. 2167, n. 782.)

di quest'obbligazione (1). Se il fondo del terzo possessore, in forza della ipoteca onde è gravato, è obbligato al pagamento del debito, questa medesima obbligazione ricade necessariamente sul possessore, che rappresenta i diritti e gli obblighi reali del fondo posseduto, finchè ne conserva il possesso. Non è vera l'asserzione del Troplong che nelle azioni reali la dimanda si rivolge contro la cosa e non contro la persona (2). Nelle azioni reali l'attore volge la dimanda non contro la cosa, ma contro la persona che la possiede, in quanto che il possessore, come si è detto, è il legittimo rappresentante della cosa, e come ne esercita i diritti, così è risponsabile come possessore degli oneri e pesi onde la cosa stessa è gravata (3). Ciò posto, il terzo possessore non può non essere tenuto al pagamento dei debiti, pei quali è obbligato il fondo da lui posseduto. Che se il pagamento dei debiti ipotecari è un dovere del terzo possessore in quanto è possessore, un tale pagamento non può essere una mera facoltà, come asserisce il Troplong, e il creditore ipotecario non può non avere il diritto di domandarlo al terzo possessore. E siccome l'obbligo del pagamento dei debiti ipotecari corre al terzo possessore in quanto è possessore e per causa soltanto del possesso del fondo gravato, così l'unico modo che può avere il terzo possessore, che non fece

(1) » Plane in eam dumtaxat summam invecta et illata *tenebuntur*, in quam cœnaculum conduxi. » (L. 11, § 5, D. *De pigneratitia.*) — « Et ideo et sine scriptura si convenit, ut hypotheca sit, *res obligata erit*, de qua conveniunt. » (L. 4, D. *De pignoribus.*) — « Obligatione generali rerum, ea non continebuntur, quæ verisimile est quemquam specialiter *obligaturum* non fuisse. » (L. 6, D. *De pignoribus.*) — « Si debitor res suas duobus simul pignori *obligaverit*, ita ut utrique in solidum *obligatæ essent*, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur. » (L. 10, D. *De pignoribus.*) — « Res pignoris hypothecæve jure creditoribus obnoxia, citra consensum eorum debitores alienantes, præcedentem non dissolvunt *obligationem*. » (L. 10, C. *De rem. pignoris.*) — « Si nihil creditor numeravit uxori tuæ, quæ pignus dedit, sed inanem extorsit cautionem: mendaci scriptura contra fidem veritatis *obligari* ejus res non potest. » (L. 2, C. *Si pignoris conventionem.*)

(2) « Dans toute action réelle, la conclusion est dirigée contre la chose, et non contre la personne. » (Troplong, art. 2167, n. 782.)

(3) « Unde intelligimus, competere eam adversus omnes, qui pignus possident. » (Vinnii Comment. Instit. lib. 4, tit. 6, § 7, n. 2.) — Hoc omnium actionum in rem est proprium, ut eo tempore, quo moventur, ad litem fundandam reum possidere oporteat. » (Idem, l. c. n. 5.)

il giudizio di purgazione, per esimersi da tale pagamento, è il rilascio ossia l'abbandono del fondo, che è l'unica causa della sua obbligazione. Perciò un tale rilascio si risolve in sostanza in una facoltà, onde il creditore può sottrarsi all'obbligo di soddisfare ai debiti ipotecari. Dice il Troplong (1) che tutti quelli che hanno scritto come giureconsulti e non come pratici hanno insegnato che il creditore ipotecario ha il solo diritto di domandare al terzo possessore il rilascio. Per smentire questa asserzione mi basta l'autorità del Vinnio (2), e del Brunnemanno (3), i quali insegnano che il terzo possessore viene coll'azione ipotecaria messo nell'alternativa o di pagare il debito o di fare il rilascio del fondo. E senza ricorrere all'autorità dei Dottori e degli Interpreti, l'asserzione del Troplong trova una luminosa confutazione nelle seguenti parole della L. 2, C. *Si unus ex plur. heredibus:* « Qui possident, tenentes non pro modo singularum rerum substantiæ conveniuntur, sed in solidum: ut vel totum debitum reddant, vel eo, quod detinent, cedant. » Finchè fu in vigore il sistema delle ipoteche occulte, l'acquisto della proprietà fondiaria era una causa permanente di timori e pericoli per l'alienatario, sul capo del quale pendeva invisibile la spada di Damocle. Imperocchè il terzo possessore era sempre esposto all'azione ipotecaria degli ignoti creditori, ed anche dopo di essere stato molestato da uno di essi poteva nuovamente essere disturbato da altri. La Legge di brumaio trovò modo di liberare per sempre il terzo possessore da questi timori e pericoli introduducendo colle disposizioni degli articoli 30, 31, 32, 33 il rimedio del giudizio di purgazione, mediante il quale l'acquirente poteva svincolare l'aquistato fondo dall'onere ond'era gravato dei pesi ipotecari. Questo salutare rimedio, sconosciuto agli antichi, fu

(1) « Aussi, tous ceux qui ont écrit en jurisconsultes et non en praticiens, ont-ils dit que le créancier a le droit de demander au tiers possesseur, non le paiement de la dette, mais le délaissement de la chose. » (Troplong, art. 2167, n. 782.)

(2) « Exitus actionis hic, ut qui convenitur, necesse habeat, aut creditoribus agentibus solvere, aut rem, de qua agitur, restituere. » (Comment. Instit. lib. 4, tit. 6, § 7, n. 2.)

(3) « Collige, in actione hypothecaria agi debere de condemnando ad solvendum, aut in hypothecam immittendo. » (Ad L. 16, § 3, D. *De pignoribus*, n. 9.)

pure adottato dal Codice Napoleone nel capo ottavo — *Del modo di rendere libere le proprietà dai privilegi e dalle ipoteche*, — e il terzo possessore che ne ha fatto uso ed ha resa libera l'acquistata proprietà, cessa dall'essere esposto all'azione ipotecaria, la quale può solo intentarsi dai creditori contro il terzo possessore, che non ha adempite le formalità dalla legge prescritte per la liberazione dell'immobile dai pesi ipotecari. Perciò l'articolo 2167 dichiara che il terzo possessore resta obbligato come possessore ai debiti ipotecari, se non adempie alle dette formalità. O dunque il terzo possessore ha fatto il giudizio di purgazione, ed allora nessun creditore ipotecario può recargli molestie, e citato con azione ipotecaria può difendersi con una eccezione perentoria invocando la libertà del fondo. O non fece il giudizio di purgazione, e in questo caso qualunque creditore ipotecario può fargli l'intimazione di pagare il debito o di rilasciare senza alcuna riserva l'immobile ipotecato. Il terzo possessore che non fece il giudizio di purgazione è certamente obbligato al pagamento dei debiti ipotecari, ma la sua obbligazione non è punto personale, e dipende, come si è già avvertito, dal materiale possesso della cosa ipotecata. Non può dunque negarsi al medesimo la facoltà di sottrarsi alle conseguenze di una tale obbligazione mediante il rilascio ed abbandono della cosa, che della sua obbligazione è causa unica ed immediata. È in ciò diversa la condizione del debitore da quella del terzo possessore. Amendue sono obbligati al pagamento del debito, ma in una maniera e per un titolo diverso. Il primo è obbligato personalmente e in modo assoluto, e solo col pagamento, che gli vien chiesto dal creditore, può rimaner libero dalla sua obbligazione. Il secondo non è stretto da alcuna obbligazione personale, e solo è obbligato in quanto è possessore della cosa vincolata a garanzia del creditore. Il rilascio perciò della cosa non può non liberarlo da una obbligazione, che solo gli deriva dal possesso della cosa stessa obbligata (1). La differenza tra l'obbligazione del debitore e quella del terzo possessore bene spicca nel caso di più eredi lasciati dal defunto debitore. Quando muore il debitore, l'obbligazione di lui si divide *ipso jure* tra i suoi eredi, ciascuno dei quali è tenuto personalmente al pagamento dei

(1) Persil, art. 2167, 2168, n. 5.

debiti ereditari per la sola quota a lui spettante nella eredità (1). Ma se ad uno dei coeredi viene assegnato un fondo dell'eredità ipotecato a garanzia di un creditore, questo coerede come possessore del fondo gravato dalla ipoteca è risponsabile del pagamento dell'intero debito (2), e se il rilascio del fondo non gli gioverebbe per esimersi dal pagamento della quota del debito, a cui è tenuto nella sua qualità di erede, gli è utile per isgravarsi dal pagamento dell'intero debito, a cui è obbligato nella qualità di possessore del fondo ipotecato. Essendo pertanto la facoltà del rilascio inseparabile dall'obbligo che ha il terzo possessore di pagare i debiti ipotecari, il creditore che promuove l'azione ipotecaria deve citare il terzo possessore a pagare il debito o a dimettere il fondo. Questa alternativa deve essere la conclusione del libello dell'attore. Non potrebbe però credersi male intentata l'azione quando il creditore ipotecario avesse semplicemente citato il terzo possessore a pagare il debito. Imperocchè il rilascio non essendo un obbligo, ma una facoltà spettante al terzo possessore concessagli appunto come un rimedio atto a liberarlo dal pagamento e dalle molestie della promossa azione (3), non può dirsi irregolare il libello, nel quale non sia fatta menzione di una tale facoltà, il cui esercizio interessa non all'attore, ma al reo convenuto, che all'obbligo non vuole sobbarcarsi del chiesto pagamento. La quale facoltà del resto, sebbene non indicata dall'attore nel libello, non può non esser salva al terzo possessore, essendo accordata direttamente dalla legge ed inerente alla natura della obbligazione non personale, onde è stretto il terzo possessore in faccia al creditore ipotecario (4).

(1) L. 2, C. *Si unus ex plur. heredibus.* — L. 2, C. *De hered. actionibus.*

(2) « Colligitur itaque actionem hypothecariam contra unum heredem, si rem obligatam possideat, in solidum cum effectu dari. » (Brunnemannus ad L. 2, C. *De hered. actionibus.*)

(3) Duranton, liv. 3, tit. 18, tome XI, n. 225. — Tarrible, Répert. *Tiers détenteur*, n. 9.—Grenier, tome II, n. 324. — Persil, art. 2167, 2168, n. 4.

(4) « Non giova, per sostenere che uno non abbia agito con azione ipotecaria, la circostanza d'avere questi nel libello diretto contro il terzo possessore N. N. qual acquirente di un fondo di provenienza del debitore, concluso soltanto *per la condanna di N. N. al richiesto pagamento,* senza soggiungere — *o a dimettere il fondo:* poichè siccome al creditore che si

1074. La intimazione di pagare o di rilasciare il fondo ipotecato deve rivolgersi giusta le disposizioni degli articoli 2167 e 2168 contro il terzo possessore. Ora chi è propriamente il terzo possessore, al quale il creditore ipotecario può fare la detta intimazione? Il Vinnio dà del possesso la seguente generale definizione, che ne abbraccia tutte le specie: « Possessio est rei corporalis detentio, cui inest affectus vel proprio vel alieno nomine rem tenendi » (1). Il possesso è di due maniere, *civile* e *naturale*. È *civile* il possesso, quando uno possiede una cosa come padrone. È *naturale*, quando la possiede ingiustamente o a nome del padrone (2). Nel linguaggio proprio però delle Leggi Romane il vocabolo *possessio* accenna al solo possesso civile (3), e il possesso naturale si chiama *detenzione*, *detentio*. Il Voet perciò definisce il possesso: « Possessio est detentio rei corporalis animo sibi habendi » (4), e dice che la definizione del Vinnio (già da noi riportata) non è applicabile al vero possesso (5). Lo stesso Vinnio dichiara che il più delle volte il vocabolo *possessio* si usa a significare il possesso *civile*, e che i semplici detentori si distinguono dai possessori (6). Ciò premesso, è principio sta-

dirige contro il terzo possessore del fondo ipotecato non compete che il diritto di essere soddisfatto sul fondo stesso, e siccome al terzo possessore compete di diritto la facoltà di dimettere il fondo invece di pagare, nè questo diritto può essergli tolto dal creditore, ne consegue che diretta la domanda di pagamento contro il terzo qual possessore del fondo obbligato, la conclusione che se non paga debba dimettere, è insita nella dimanda stesssa, nè la mancanza può alterarne la natura. » (Dec. del Sup. Cons. di Modena, n. 758, del 19 agosto 1829, tomo 3, pag. 236.)

(1) Selectar. Jur. Quæst. lib. 2, cap. 36.

(2) *Civiliter* possidet qui animo et cogitatione domini possidet justa ex causa et bona fide . . . . *Naturaliter* possidet, qui injuste, aut absque animo et affectu domini possidet. » (Vinnius loc. cit.) — Voet, lib. 41, tit. 2, n. 3.

(3) « Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere, et alium possessorem ministerio meo facio: nec idem est, possidere, et alieno nomine possidere. Nam possidet, cujus nomine possidetur. Procurator alienæ possessioni præstat ministerinm. » (L. 18, pr. D. *De adquir. vel amitt. possessione.*)

(4) Lib. 41, tit. 2, n. 1.

(5) Loc. cit.

(6) Loc. cit.

bilito da infinite Leggi del Digesto e del Codice Giustinianeo che l'azione reale deve muoversi contro il vero possessore (1). E sebbene dalla L. 9, D. *De rei vindicatione* possa dedursi che l'azione reale di rivendicazione può intentarsi contro qualsiasi detentore (2), è però certo, come insegna la L. 2, C. *Ubi in rem atio* (3), che il detentore, il quale possiede la cosa a nome altrui, molestato con azione reale ha diritto di nominare il vero possessore, contro il quale l'attore deve rivolgere la sua azione. La qual nomina è diversa dalla denunzia della lite, onde il possessore citato con azione reale chiama a difesa il proprio autore. Imperocchè, quando il detentore nomina il vero possessore, allora in quest'ultimo si trasporta il promosso giudizio reale, il detentore rimane fuori di causa, e il nominato da lui deve rispondere come reo convenuto al libello dell'attore. Laddove nell'altro caso la lite continua ad agitarsi tra l'attore e il citato possessore, e il chiamato a difesa interviene terzo nel giudizio per l'interesse proprio e del reo convenuto (4). La facoltà accordata dalla citata L. 2, C. *Ubi in rem actio* al detentore molestato con azione reale di nominare il possessor vero, che assuma in testa propria il giudizio, prova che le azioni reali devono intentarsi contro il possessor civile e non contro i semplici detentori. E quando il citato detentore non fa uso di una tale facoltà e la lite contesta mossagli dall'attore, in allora il giudizio si prosegue contro di lui, in quanto che la legge lo tiene in conto di possessore per essersi volontariamente offerto alla lite, alla quale poteva sottrarsi nominando il possessore (5).

(1) « In rem actio non contra venditorem, sed contra possidentem competit. » (L. 1, C. *Ubi in rem actio.*)

(2) « Puto autem, ab omnibus, qui tenent, et habent restituendi facultatem, peti posse. » (L. 9, D. *De rei vindicatione.*)

(3) « Si quis alterius nomine quolibet modo possidens immobilem rem, litem ab aliquo per in rem actionem sustineat, debet statim in judicio dominum nominare. » (L. 2, C. *Ubi in rem actio.*)

(4) « *Nominatio* est actus, quo actione reali conventus judicium intentatum transfert in dominum, seu eum, cujus nomine possidet, sui liberandi causa; denunciatio autem est actus, quo reus conventus petit, ut auctor citetur sui defendendi gratia. » (Brunnemannus ad L. 2, C. lib. 3, tit. 19, n. 3.)

(5) « Rei vindicatio non tantum datur contra eum, qui suo, sed etiam

Questi principj della romana giurisprudenza sono pure applicabili al Codice Napoleone, il quale non ha cambiato la natura intrinseca dell'ipoteca e della relativa azione reale che ne deriva. E che il terzo possessore, a cui fanno cenno le disposizioni degli articoli 2167 e 2168, sia il possessore civile, quello cioè che possiede il fondo come padrone, si deduce evidentemente dalle chiare parole dello stesso articolo 2167, il quale rende responsabile dei debiti ipotecari il terzo possessore, che non adempie le formalità opportunamente stabilite onde rendere libera *la sua proprietà*. Si deduce altresì dalla disposizione dell'articolo 2172, che accorda al terzo possessore, che abbia *la capacità di alienare,* la facoltà del rilascio, della quale può appunto far uso il terzo possessore molestato con azione ipotecaria; non che da quella dell'articolo 2179, il quale prescrive che il terzo possessore, il quale intende di rendere libera *la sua proprietà* pagando il prezzo del fondo, deve osservare le formalità stabilite nel capo ottavo.

1075. Posto dunque che *il terzo possessore*, a cui accennano gli articoli 2167, 2168 e 2169, si è quello che possiede la cosa come proprietario, p. e., un donatario, un legatario, un compratore (1), può chiedersi se il creditore ipotecario possa intentare l'azione ipotecaria contro l'usufruttuario del fondo ipotecato? È certo che l'usufrutto non è parte di dominio (2), e che l'usufruttuario non possiede la cosa come padrone (3). Ma è certo d'altra parte che l'usufrutto è un diritto reale capace d'ipoteca, di vendita e di espropriazione. Come il creditore, cui fu dato in ipoteca il gius di usufrutto costituito sopra un fondo, può procedere al giudizio di espropriazione, non del fondo, ma del gius di usufrutto, così il creditore avente ipoteca sopra un fondo, del quale

intenditur contra eum, qui alterius nomine possidet vel detinet, qui licet conductionis titulo, vel precario, in possessione sit, et ita proprie non possideat; si tamen verum possessorem, cujus nomine possideat, non nominet, et ita suo nomine cum actore litem contestetur, habetur pro eo, ac si se liti obtulisset. » (Brunnemannus ad L. 2, C. lib. 3, tit. 19, n. 1.) — Voet, lib. 6, tit. 1, n. 22.

(1) Troplong, art. 2167, n. 784 bis.

(2) L. 6, pr. D. *De usuf. ear. rer. quæ usu consumuntur.* — L. 6, D. *De reb. eor. qui sub tutela.* — L. 16, § 1, D. *De contr. emtione.* — L. 3, D. *Si ususf. petatur.* — L. 25, D. *De verb. significatione.*

(3) L. 12, D. *De adquir. vel am. possessione.*

fu per atto tra vivi o d'ultima volontà trasferito in un altro il gius di usufrutto, potrà contra l'usufruttuario intentare l'azione reale ipotecaria. Imperocchè basta che la parte staccata dal fondo ipotecato e trasferita in un terzo sia per sè capace d'ipoteca e di espropriazione, perchè il creditore, cui fu dato in ipoteca il fondo, possa esercitare l'azione ipotecaria contro il terzo acquirente, e ciò per la ragione che l'onere dell'ipoteca costituita sopra un fondo, stante il carattere della indivisibilità proprio dell'ipoteca, si mantiene vivo e fermo su qualsiasi porzione del fondo, sì veramente che la parte staccata sia di un tal onere suscettiva e capace (1). A più forte ragione, come si disse più sopra (2), il creditore potrà intentare l'azione ipotecaria contro un terzo possessore, a cui fu dato il fondo ipotecato in enfiteusi. Imperocchè l'enfiteuta ha sul fondo a lui dato in enfiteusi un vero dominio utile, ed è dalla legge considerato padrone e possessore del fondo.

1076. Il terzo possessore, che non fece il giudizio di purgazione del fondo acquistato, è responsabile, come si disse, del pagamento dei debiti ipotecari, e sebbene l'obbligazione, onde è gravato, abbia una causa ed un'origine diversa da quella del debitore personale, e non sia assoluta ed irrevocabile, potendo egli schivarne le conseguenze col rilascio del fondo, è però certo che esso viene dalla legge considerato come un debitore vero, che al primo si aggiunge, ben inteso finchè dura la causa dell'obbligazione, ossia il possesso del fondo ipotecato; e di ciò fanno non dubbia fede le ultime parole dell'articolo 2167 — *e gode dei termini e dilazioni accordate al debitore originario.* — Dalle quali evidentemente si raccoglie che, posta l'alienazione del fondo ipotecato a garanzia di un creditore, due sono i debitori obbligati al pagamento del debito, il debitore originario cioè, e il terzo possessore. E quest'ultimo ha diritto appunto di godere dei termini e delle dilazioni competenti all'originario debitore, in quanto che viene dalla legge a lui parificato. O il terzo possessore fa il giudizio di purgazione, e allora gli obblighi e diritti suoi sono determinati dalle speciali disposizioni dei capi 8 e 9. O non libera col detto giudizio l'acquistato fondo dai pesi ipotecari, e in que-

(1) Troplong, art. 2167, n. 784 bis.
(2) N. 1068.

sto caso è tenuto, come il debitore originario, al pagamento di tutti i debiti ipotecari inscritti sul fondo o dispensati per legge dall' obbligo della inscrizione, qualunque sia il loro ammontare (1). E qui è da notarsi una differenza importantissima tra il terzo possessore che fa il giudizio di purgazione, e il terzo possessore che non si appiglia a questo partito. Il primo non è considerato dalla legge come debitore, ed è perciò tenuto soltanto al pagamento dei debiti sino alla concorrenza del prezzo del fondo. E siccome un tale pagamento non è per parte di lui che l' adempimento di una condizione necessaria alla liberazione del fondo dagli oneri ipotecari, così non ha egli diritto di giovarsi dei termini e dilazioni accordate al vero debitore. Stabilisce perciò l'articolo 2184 che il terzo possessore dichiarar deve col libello, onde si fa a promuovere il giudizio di purgazione, ch' egli è pronto a soddisfare immediatamente ai debiti ed ai pesi ipotecari sino alla concorrenza soltanto del prezzo, *senza distinzione di debiti esigibili o non esigibili.* Al contrario il terzo possessore che non fa il giudizio di purgazione essendo considerato dalla legge come un altro debitore, è tenuto al pagamento dei debiti ipotecari non già sino alla concorrenza del prezzo, ma per intero, ed ha diritto di approfittare dei termini e delle dilazioni, di cui può far uso lo stesso debitore originario (2). Da ciò deriva la conseguenza che il creditore ipotecario, al quale compete l' azione reale contro il terzo possessore, che non fece il giudizio di purgazione, non potrà far uso di una tale azione se non quando *dies cessit et venit* del debito inscritto (3), ossia quando è suonata l' ora del pagamento. Chi ha un credito dipendente da una condizione incerta e futura è certamente creditore (4), e il terzo possessore del fondo vincolato a garanzia di un tal credito è senza dubbio tenuto al pagamento per le ragioni già dette. Ma come il debitore originario citato con azione personale al pagamento del debito condizionale prima della verificata condizione avrebbe diritto di respingere con una eccezione temporale l'intentata azione (5), eguale

(1) Persil, art. 2167, 2168, n. 1.

(2) Persil, art. 2167, 2168, n. 2.

(3) L. 213, D. *De verb. significatione.*

(4) L. 10 e L. 54, D. *De verb. significatione.* — L. 42, pr. D. *De obl. et actionibus.* — L. 27, pr. D. *Qui et a quib. manumissi.*

(5) L. 55, D. *De verb. significatione.* — Instit., § 10, lib. 4, tit. 13.

diritto competerebbe al terzo possessore molestato coll' azione ipotecaria dal creditore, in quanto che il terzo possessore è posto dalla legge nella stessa condizione del debitore. È qui applicabile il principio insegnato da Marciano nella L. 19, D. *De exceptionibus:* « Omnes exceptiones, quæ reo competunt, fideiussori quoque, etiam invito reo, competunt. » Imperocchè l'obbligazione, che la legge impone al terzo possessore di pagare i debiti ipotecari, somiglia quella del fideiussore, per la ragione che sì la fideiussione come la ipoteca sono due vincoli accessorj che stanno a garanzia della obbligazione principale. Del resto anche secondo i principj del Diritto Romano il creditore non può intentare l'azione ipotecaria prima che siasi verificata la condizione del credito (1). Dicasi lo stesso del caso di un credito a tempo, di cui non si verificò la scadenza. Nè deve prendersi alla lettera la generale disposizione della L. 14, D. *De pignoribus*, dalle cui parole pare potersi dedurre che il creditore può agire coll' azione ipotecaria anche prima della scadenza del debito (2). Imperocchè i migliori Interpreti l' applicano al solo caso in cui il credito dalla ipoteca garantito corra pericolo per la fuga del debitore (3). Ma su questo punto non può nascere alcun dubbio secondo i principj del Codice Napoleone, il quale dichiara in termini assoluti nell' articolo 2167 che il terzo possessore *gode dei termini e dilazioni accordate al debitore originario* (4).

1077. Siccome l' obbligazione del terzo possessore ha causa dall' ipoteca radicata sul fondo da lui acquistato, così una tale obbligazione tanto si estende quanto la ipoteca del creditore senza alcun riguardo al valore della cosa posseduta. Imperocchè il terzo possessore che non fece il giudizio di purgazione essendo messo dalla legge nella condizione del debitore, è tenuto non meno di

(1) « Si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est, ante conditionem non recte agi, cum nihil interim debeatur. » (L. 13, § 5, D. *De pignoribus*.)

(2) « Quæsitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit? Et puto, dandam pignoris persecutionem: quia *interest mea*. » (L. 14, pr. D. *De pignoribus*.)

(3) « Licet quis in diem debeat, vel sub conditione, potest creditor actione hypothecaria agere, et pignora persequi, etiam ante diem, si debitor de fuga est suspectus. » (Brunnemannus ad L. 14, D. *De pignoribus*.)

(4) Troplong, art. 2168, n. 788.

lui al pagamento dei debiti ipotecari, comecchè l'ammontare di questi superi di gran lunga il prezzo del fondo posseduto. E a tale pagamento è tenuto sebbene possieda una porzione anche minima del fondo ipotecato, e ciò in grazia della indivisibilità della ipoteca, la quale sussiste per intero sopra tutti gli immobili obbligati, e sopra ogni parte di essi. Che se l'ipoteca non sia stata costituita che a garanzia di una porzione del capitale, in questo caso il terzo possessore non è obbligato che al pagamento di una tale porzione, per la ragione già detta che la estensione della ipoteca è la misura della obbligazione del terzo possessore (1). E se la ipoteca sarà stata costituita a garanzia del capitale e degli interessi, nasce il dubbio, se il terzo possessore sia obbligato al pagamento di tutti gl'interessi dovuti al creditore, o solamente delle tre annualità conservate conformemente alla disposizione dell'articolo 2151 colla inscrizione del capitale? Su questo punto sono discordi le opinioni degli Interpreti Francesi. Il Persil (2), il Grenier (3) ed anche gli Annotatori dello Zachariæ (4) opinano che il possessore non può invocare la disposizione dell'articolo 2151, e che perciò è tenuto al pagamento di tutti gli interessi dovuti al creditore, sì perchè una tale disposizione si riferisce soltanto al caso di un giudizio d'ordine, nel quale i soli creditori ipotecari contrastano fra loro di prelazione, sì perchè la disposizione dell'articolo 2168 obbliga il terzo possessore a pagare tutti gl'interessi e capitali esigibili, qualunque sia la somma cui possano ammontare. Il Troplong (5) ed il Duranton (6) al contrario applicano la disposizione dell'articolo 2151 anche al terzo possessore, e pensano che questi non possa mai essere tenuto che a pagare le tre annualità d'interessi conservate colla inscrizione del capitale, non che le altre per le quali furono

(1) L. 5, pr. D. *De pignoribus*.—L. 5, § 1, D. *In quib. caus. pignus*.— L. 11, D. *De pigneratitia*.

(2) Art. 2151, n. 12.

(3) Tome I, n. 101.

(4) « Ce n'est pas d'une manière absolue, mais seulement en faveur des autres créanciers, que l'art. 2151 restreint l'effet de l'hypothèque, qui embrasse par conséquent tous les intérêts exigibles lorsqu'elle est exercée contre un tiers détenteur. » (Tome I, § 285, note 2.)

(5) Art. 2168, n. 788.

(6) Tome XI, n. 234.

accese separate e particolari inscrizioni. Io all' opinione di questi ultimi con piena convinzione mi attengo. Quale è la causa della obbligazione del terzo possessore? Il vincolo dell' ipoteca radicato sul fondo da lui posseduto. Ciò è sì vero che il terzo possessore può sottrarsi a questa obbligazione col rilascio del fondo. Ma l' ipoteca non ha legale ed efficace esistenza secondo i princìpj del Codice Napoleone se non è vestita della inscrizione (1). La causa dunque della obbligazione del terzo possessore è l' inscrizione accesa sul fondo dal creditore. E se la inscrizione è la causa della obbligazione del terzo possessore, deve altresì esserne la misura, ossia la obbligazione del possessore deve tanto estendersi quanto si estende la inscrizione, perchè altrimenti al di là dei limiti fissati dalla inscrizione l' obbligazione del terzo possessore rimarrebbe senza causa. Ora che cosa importa la disposizione dell' articolo 2151? Questa disposizione importa che la inscrizione, la quale dà efficacia e valore alla ipoteca onde è garantito un credito fruttifero, non ha alcuna forza al di là di tre annualità d' interessi, ossia che rispetto alle annualità d' interessi oltre quelle di un triennio, l' inscrizione non esiste. Se pertanto rispetto alle annualità non comprese nel triennio l' inscrizione non esiste, neppure riguardo a queste annualità ha legale esistenza l' ipoteca, per la ragione già detta che l' ipoteca senza la veste della inscrizione non ha legale esistenza in faccia alla legge. Come dunque potrà il terzo possessore essere obbligato al pagamento degli interessi oltre quelli del triennio, se rispetto a questi il creditore non ha e non può vantare una efficace ipoteca? Non dice chiaramente l' articolo 2166 che sopra l' immobile ipotecato, ancorchè passi in qualunque altro possessore, ritengono le loro ragioni i creditori *aventi privilegio od ipoteca inscritta*? Nessuna ragione possono vantare adunque sull' immobile posseduto dal terzo i creditori inscritti rispetto alle annualità non comprese nel triennio conservato colla inscrizione del capitale, perchè riguardo a queste annualità non hanno alcuna ipoteca inscritta. E se nessuna ragione d' ipoteca vantar possono sul fondo, nessun obbligo di pagamento quanto alle dette annualità può incombere al terzo possessore, la cui obbligazione nasce unicamente dalla ipoteca

(1) « Point d'hypothèque sans inscription. » (Troplong, art. 2154, n. 726 bis.)

dei creditori validamente inscritti. Dispone in fatti l'articolo 2167 che se il terzo possessore non adempie alle formalità del giudizio di purgazione, resta obbligato come possessore a tutti i debiti ipotecari *in vigore della sola inscrizione*. Queste parole — *in vigore della sola inscrizione* — non mostrano chiaramente che la causa della obbligazione del terzo possessore è la inscrizione? Come può dunque il terzo possessore essere tenuto al pagamento degli interessi oltre il triennio, di cui parla l'articolo 2151, se agli interessi nel triennio non compresi la inscrizione non si estende del creditore? Non si dica che l'articolo 2168 obbliga il terzo possessore a pagare *tutti gli interessi* e capitali esigibili, qualunque sia la somma cui possano ammontare. Sì certamente: il terzo possessore è tenuto a pagare tutti gli interessi. Ma quali interessi? Tutti gli interessi garantiti dalla ipoteca, ossia dalla inscrizione che all'ipoteca dà efficacia. E di ciò non lascia alcun dubbio la disposizione dell'articolo 2167, il quale dichiara che il terzo possessore resta, *in vigore della sola inscrizione*, obbligato come possessore a tutti i debiti ipotecari. La disposizione del quale articolo serve a spiegare quella del successivo 2168 e a contenere entro i giusti confini le generali espressioni — *tutti gli interessi*. — Imperocchè, se il terzo possessore è obbligato al pagamento dei debiti ipotecari in vigore della sola inscrizione, è chiaro che le parole — *tutti gli interessi*, — che si leggono nell'articolo 2168, non possono riferirsi che agli interessi garantiti dalla inscrizione, perchè questi soli sono crediti ipotecari. Ora quali sono gli interessi garantiti dalla inscrizione? Quelli del triennio, di cui parla l'articolo 2151, non che gli altri, pei quali furono accese particolari inscrizioni. Gli interessi non compresi nel triennio, a meno che non siano stati conservati con particolari inscrizioni, non sono crediti ipotecari, perchè i crediti non inscritti non sono ipotecari, in quanto che la inscrizione è il mezzo legale onde l'ipoteca si attua e riceve valore ed efficacia. I sostenitori dell'opinione confutata giustamente dal Troplong prendendo alla lettera la disposizione dell'articolo 2168, e fermandosi alla corteccia delle parole, atterrano sostanzialmente la disposizione dell'antecedente articolo 2167, della quale l'articolo 2168 è un corollario ed una applicazione. Essi infatti colla loro opinione mettono a carico del terzo possessore il pagamento di un debito non ipotecario, non essendo punto ipotecario il credito degli interessi non

compresi nel triennio, e non conservati con particolari inscrizioni; laddove la disposizione dell' articolo 2167 obbliga il terzo possessore al pagamento dei debiti ipotecari, e a tale pagamento lo costringe in vigore della inscrizione, della quale difettano gli interessi non compresi nel triennio, che non furono separatamente inscritti dopo la loro scadenza con particolari notificazioni. La confutazione vittoriosa della opinione del Persil e del Grenier trovasi, senza bisogno di alcuno sforzo di argomentazione, nella disposizione dell' articolo 2167, il quale dichiara che il terzo possessore resta obbligato, *in vigore della sola inscrizione,* al pagamento dei debiti ipotecari. Gl' interessi non compresi nel triennio non sono un credito ipotecario, come quelli ai quali manca la inscrizione. A questi dunque non può accennare la disposizione dell' articolo 2168 colle parole generali — *tutti gli interessi.* — Altrimenti la disposizione di quest' articolo sarebbe in contraddizione con quella dell' antecedente 2167, e il terzo possessore contro la natura e l' indole della sua obbligazione, derivante dalla inscrizione, sarebbe caricato dell' onere del pagamento di un credito non inscritto, ossia di un credito non ipotecario. Non giova il dire che la disposizione dell' articolo 2151 accenna al caso di un giudizio d' ordine, e suppone il conflitto tra più creditori aventi ipoteca sullo stesso fondo, e che perciò è estranea al terzo possessore. L' ipoteca ed i privilegi sono di loro natura una causa legittima di prelazione, e la legge che ne determina la forma, le qualità e il loro modo di essere non può fare astrazione dal conflitto e dalla lotta a cui sono destinati. Ecco il perchè gli articoli 2106, 2134 e 2151, che fondano il sistema della pubblicità dei privilegi e delle ipoteche, queste e quelli suppongono in lotta cogli altri creditori, coi quali contrastano di prelazione. È un errore il credere che i privilegi e le ipoteche messi a conflitto con un terzo possessore possano avere un modo di essere diverso da quello che la legge attribuì loro considerandoli in lotta cogli altri creditori. Imperocchè il diritto *de suite,* che compete al creditore ipotecario contro il terzo possessore, non è già un diritto diverso dal diritto di prelazione, ma è lo stesso diritto di prelazione, che costituisce l' essenza del gius d' ipoteca, esercitato dal creditore ipotecario dopo l' alienazione del fondo gravato (1). Del resto l' argomento, che dalle parole dell' arti-

(1) N. 1066, pag. 90. — Duranton, Liv. 3, tit. 18, n. 166, tome XI.

colo 2151 traggono i sostenitori della opinione contraria, non è di alcuna forza. Imperocchè l' articolo 2166, come già si è avvertito, accorda l' azione ipotecaria contro il terzo possessore ai soli creditori *aventi privilegio od ipoteca inscritta.* Non possono perciò per gli interessi non compresi nel triennio far valere contro il terzo possessore alcun diritto i creditori ipotecari, in quanto che non hanno rispetto ai detti interessi alcuna ipoteca inscritta, non potendo l' inscrizione accesa pel capitale estendersi agli interessi oltre il triennio. L' opinione ch' io difendo trova una luminosa conferma in una Decisione del Supremo Consiglio di Modena del 10 luglio 1849 (1). Ma se il terzo possessore non è tenuto, quanto agli interessi anteriori al giudizio, che al pagamento dei soli interessi del triennio conservati colla inscrizione del capitale e degli altri pei quali il creditore accese particolari inscrizioni dopo la loro scadenza nel modo stabilito dall' articolo 2151, è però certo che il creditore può ripetere dal terzo possessore tutti gli interessi scaduti posteriormente all' intentata azione, come saggiamente stabilì una Decisione del Supremo Tribunale di Revisione degli Stati Estensi del 18 marzo 1833, e ciò perchè dal

(1) «Siccome l' obbligazione scatente dal contratto è personale e quindi non può riportarsi che ai contraenti o loro eredi, i quali soli succedono con carattere rappresentativo nelle obbligazioni e nei diritti dei loro autori; così il compratore, appunto perchè privo dell' enunciato carattere rappresentativo, non può partecipare che degli obblighi e dei diritti inerenti alla cosa. I quali obblighi in materia d' ipoteche non potendo contro di lui, come terzo detentore non obbligato personalmente, essere efficaci che in forza della correlativa inscrizione, com' è palese per la rubrica autentica del capo 6, tit. 18, lib. 3 del Codice Napoleone — *Dell' effetto de' Privilegi e delle Ipoteche contro i terzi Possessori* — combinata col principio della pubblicità e dell' art. 2151 che segna i limiti della inscrizione de' frutti, pel tenore dell' art. 2166 che non concede al creditore il diritto di agire contro il terzo detentore fuorchè per titolo di privilegio od ipoteca inscritta, dell' art. 2167 che dichiara tenuto il terzo possessore al pagamento de' debiti ipotecari in forza della inscrizione, è di tutta evidenza che l' art. 2168 che parla del caso contemplato nell' articolo immediato precedente, si rannoda necessariamente colle altre disposizioni contenute sotto la stessa rubrica, e parla eziandio del rilascio dell' immobile ipotecato, non può essere inteso che nel senso che il medesimo terzo detentore non possa essere utilmente impetito coll' azione ipotecaria se non nei limiti del capitale ed accessorj conservati colla inscrizione. » (Vedi la nota 2 sotto la Dec. 18 della Raccolta Raisini delle Decisioni del Supremo Tribunale di Revisione degli Stati Estensi, vol. I, fasc. 2, pag. 138.)

giorno del giudizio il terzo possessore obbligato per legge al pagamento dei debiti ipotecari viene costituito in mora (1).

1078. Le Leggi Romane accordano al fideiussore citato al pagamento del debito il benefizio *cedendarum actionum*, ossia il diritto di pretendere dal creditore la cessione delle ragioni che a lui competono contro gli altri fideiussori e contro i possessori delle cose vincolate a pegno (2). Scevola nella L. 19, D. *Qui potiores in pignore* accorda lo stesso benefizio anche al giusto possessore molestato coll' azione ipotecaria (3). All' ingiusto possessore la L. 12, § 1, D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur* accorda bensì il diritto di liberarsi dalle molestie dell' azione ipotecaria pagando la somma reclamata dal creditore; ma i migliori Interpreti s' accordano nell' insegnare che l' ingiusto possessore non può pretendere la cessione delle ragioni, e non può quindi invocare il benefizio *cedendarum actionum* (4). Secondo i principj del Codice Napoleone il terzo possessore molestato coll' azione ipote-

(1) « Considerando che il terzo possessore che preferisca di conservar l' immobile acquistato deve pagare tutto ciò che è assicurato con ipoteca sovra l' immobile medesimo;

Che la sola inscrizione assunta a garanzia di un capitale che renda frutto conserva, indpendentemente da ogni altra, due annate di frutti anteriori alla domanda giudiziale oltre all' annata in corso;

Che i frutti posteriori alla domanda giudiziale, ossia alla citazione diretta al terzo possessore affinchè dimetta l' immobile ipotecato, restano assicurati dalla citazione stessa;

Ha dichiarato

Essere tenuti li fratelli Camuncoli nella loro qualità di terzi possessori del corpo di terra denominato *Piè di Gazzo* a dimettere e rilasciare senza alcuna riserva a favore NN. la metà a giusta e regolare stima del medesimo corpo di terra, a meno che non preferissero di pagare alli medesimi la somma di Ital. L. 5902, 50, oltre ai frutti di tre anni anteriori alla domanda giudiziale, ed ai decorsi posteriormente alla domanda stessa, e decorrendi fino ec. nella misura dell' annuo 6 per cento. » (Raccolta Raisini delle Decisioni del Sup. Trib. di Rev. degli Stati Estensi, vol. I, fasc. 2, Dec. 18, pag. 137.)

(2) L. 13, L. 17, L. 36, L. 39, L. 41, § 1, D. *De fidejussoribus*. — L. 2, L. 11, L. 14, L. 21, C. *De fidejussoribus*. — Vinnii Comment. Instit. lib. 3, tit. 21, § 4, n. 8 e 9. — Voet, lib. 46, tit. 1, n. 27 e 28.

(3) « Quæro, an, si ei justus possessor offerat, compellendus sit jus nominis cedere? Respondi, posse videri non injustum postulare. » (L. 19, D. *Qui pot. in pignore*.)

(4) V. vol. II, n. 505, pag. 371.

caria non è più in diritto di invocare il detto benefizio, perchè la legge stessa colla disposizione dell'articolo 1251 gli accorda la surroga legale nelle ragioni del creditore (1). Se infatti in forza del citato articolo 1251 n.° 2 il subingresso ha luogo *ipso jure* a vantaggio dell'acquirente d'un immobile, il quale impiega il prezzo del suo acquisto nel pagare i creditori, a favore dei quali il fondo era ipotecato, a più forte ragione competerà all'acquirente che è costretto a pagare, oltre il prezzo del fondo, le somme reclamate dai creditori ipotecari. Sebbene il Troplong ammetta che secondo i principj del Codice Napoleone il terzo possessore non può opporre il benefizio *cedendarum actionum* contro il creditore che lo molesta coll'azione ipotecaria, dice però che anche oggi di questa eccezione può giovarsi per far ridurre a minor somma il preteso credito, se l'attore per fatto proprio pregiudicò le ragioni che gli competevano sopra altri fondi per lo stesso credito ipotecati. Egli suppone il seguente caso: Caia ha una ipoteca generale sopra i fondi A, B, C, D, appartenenti al marito, il quale li vende a Primo, a Secondo, a Terzo, a Quarto. Caia rinunzia alla sua ipoteca in favore di Primo, di Secondo e di Terzo, e cita coll'azione ipotecaria Quarto a pagarle il suo credito o a dimettere il fondo da lui comprato. Ciò posto, il Troplong fa la seguente distinzione. O Caia rinunziò alla sua ipoteca sui fondi A, B, C, prima della vendita fatta dal marito del fondo D, e in questo caso Quarto acquirente del fondo D nessuna eccezione può opporre contro l'azione ipotecaria mossagli contro, in quanto che egli deve accettare lo stato delle cose esistente all'epoca del suo acquisto. O la rinunzia di Caia alla ipoteca sui fondi A, B, C è posteriore alla alienazione del fondo D, e allora Quarto, che nel momento dell'acquisto trovava una difesa contro il danno che potevagli recare l'ipoteca di Caia nella surroga che avrebbe ottenuto nelle ragioni alla stessa Caia competenti sopra i fondi A, B, C, potrà valersi dell'eccezione *cedendarum actionum* per ridurre il credito di Caia alla sola quota, della quale sarebbe stato gravato il fondo D, quando si fosse fatto il riparto di un tal credito sopra tutti i quattro fondi colpiti dalla ipoteca generale (2). A questa opi-

(1) Vol. II, n. 506 e 507. — Troplong, art. 2168, n. 788 bis, 789. — Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 234, tome XI.

(2) « Mais si l'exception *cedendarum actionum* ne peut plus être un moyen de retarder le paiement, elle peut être quelquefois un moyen

nione del Troplong, sebbene dettata da somma equità, non posso soscrivermi. Per Diritto Romano il beneflzio *cedendarum actionum*, mentre era un diritto da parte del fideiussore o del terzo possessore cui competeva, era da parte del creditore uno stretto obbligo, il cui inadempimento rendeva inefficace l'intentato giudizio, in quanto che l'azione rompeva contro lo scoglio dell'eccezione derivante dal detto benefizio. La legge di Napoleone nessun benefizio di questo genere accorda al terzo possessore che non fece il giudizio di purgazione, il quale per sottrarsi alle conseguenze dell'azione ipotecaria non ha altra via che il pagamento della intera somma dovuta al creditore, o il rilascio del fondo. Se questo benefizio non fu accordato dalla nuova legge al terzo possessore, nessun obbligo può avere il creditore ipotecario di fare la cessione delle ragioni proprie allo stesso terzo possessore molestato coll'azione ipotecaria. E se il creditore non ha obbligo di fare al terzo possessore la cessione delle proprie ragioni, neppure potrà quest'ultimo dimandargli conto dell'uso da lui fatto dei diritti che per lo stesso credito gli competevano sopra gli altri fondi gravati. L'ipoteca è indivisibile, e il creditore, che ha più fondi obbligati pel suo credito, ha la libera scelta di esperimentare le sue ragioni contro o l'uno o l'altro. Se il creditore ha questa libera scelta, se nessun obbligo gl'impone la legge di cedere le proprie ragioni al terzo possessore, è chiaro che della rinunzia da esso fatta alle ragioni che per lo stesso credito gli spettavano sopra gli altri beni ipotecati, qualunque sia stato il giorno di una tale rinunzia, e qualunque sieno i possessori che dalla stessa ebbero vantaggio, non potrà dolersi e richiamarsi il terzo possessore, contro cui fu diretta l'azione ipotecaria, perchè il creditore colla sua rinunzia fece uso di un diritto che gli competeva, in quanto che è lecito a chiunque il rinunziare ai propri diritti, e chi usa dei suoi diritti non fa ingiuria ad alcuno, quand'anche l'esercizio del diritto possa tornare a danno di un terzo (1). Nè si opponga che all'acquirente, il quale paga i creditori inscritti sul fondo, compete la surroga legale. Imperocchè, appunto perchè la

pour faire réduire la demande du créancier qui, par son fait, ne peut subroger le tiers détenteur qui le paie, aux privilèges et hypothèques qu'on avait droit d'attendre de lui. » (Troplong, art. 2168, n. 789 bis.)

(1) L. 55, D. *De div. reg. Juris.*

legge accorda la surroga legale al terzo possessore, il creditore non ha alcun obbligo di fargli la cessione delle ragioni. Che cosa importa la surroga legale? Null'altro, se non che il terzo possessore viene surrogato per legge in tutti i diritti spettanti al creditore dimesso nel momento dell'eseguito pagamento. Il terzo possessore non può pretendere altro che la surroga nelle ragioni inscritte sul fondo da lui acquistato, perchè in forza appunto dell'ipoteca sul suo fondo inscritta ha dovuto soggiacere all'azione ipotecaria, e pagare il credito dell'attore per sottrarsi alle conseguenze del promosso giudizio. Perchè la surroga legale abbia effetto e non sia una burla, null'altro si richiede se non che sieno vive le ragioni inscritte sul fondo del terzo possessore, il quale d'altronde non sarebbe esposto all'azione ipotecaria e costretto a pagare il creditore, se l'ipoteca radicata sul fondo da lui posseduto fosse per qualsiasi causa estinta. Non bisogna esagerare le conseguenze della surroga legale accordata dalla legge all'acquirente che paga i creditori ipotecari. Quando egli subentra nei diritti che sul fondo da lui posseduto ha il creditore, ossia nei diritti e nelle ragioni che furono la causa dell'intentata azione ipotecaria, il voto della legge che per equità accorda la surroga non può non essere soddisfatto. Qualunque sieno dunque, per ritornare al caso supposto dal Troplong, le rinunzie fatte da Caia all'ipoteca a lei competente sui fondi A, B, C, o anteriori o posteriori alla vendita fatta dal marito a Quarto del fondo D, l'azione a lei spettante contro quest'ultimo rimaner deve integra in forza della indivisibilità inseparabile dalla ipoteca. E Quarto, verso il quale Caia non ha alcun obbligo, e neppur quello della cessione delle ragioni che si opera per ministero di legge senza il concorso del creditore, godrà i vantaggi della surroga legale accordata dalla legge all'acquirente, subentrando negli stessi diritti d'ipoteca a Caia competenti sul fondo D, che furono l'unica causa delle molestie a lui inferite e della necessità dell'eseguito pagamento. Non è vero che Quarto, come pare al Troplong, possa dire a Caia: — Io non sono tenuto a pagarvi l'intero vostro credito, se voi non mi surrogate nei vostri diritti contro Primo, Secondo e Terzo. — Caia può rispondere: — A me non impone la legge alcun obbligo di fare a voi la cessione delle mie ragioni, e voi divenuto mio debitore in grazia dell'ipoteca radicata sul fondo, avete l'obbligo assoluto di soddisfare il mio credito, se del fondo ipotecato vo-

lete conservare il possesso. — Non è di alcuna forza il ragionamento che il Troplong mette in bocca a Quarto contro Caia: — Quando ho acquistato il fondo D a voi ipotecato, non mi sono spaventato della vostra ipoteca, perchè ho visto che se voi intentereste contro di me l'azione ipotecaria, io pagandovi avrei il diritto di far concorrere al debito Primo, Secondo e Terzo mediante la surroga nelle vostre ragioni, surroga che voi avete resa impossibile colla vostra rinunzia. Voi dunque non potete pretendere da me l'intero credito, ma la sola quota, che mi sarebbe toccata, quando gli altri possessori dei fondi A, B e C avessero contribuito al pagamento. — Caia gli può rispondere: — Quando avete comprato il fondo D, avete fatto male i vostri conti. Voi dovevate sapere che l'ipoteca è indivisibile, e che perciò io avrei potuto un giorno con tutto il diritto dimandare a voi solo coll'azione ipotecaria il pagamento dell'intero mio credito. Per liberarvi da questo pericolo dovevate giovarvi dei rimedi che la legge dà in mano al terzo possessore, e fare il giudizio di purgazione del fondo da voi acquistato. Era forse io obbligata a conservare le altre ipoteche che mi competevano sui fondi A, B e C, per tutelare la vostra sicurezza? Per provvedere all'interesse vostro e alla vostra garanzia, io che non ho fatto alcun contratto con voi, che ho sul vostro fondo un sacro diritto anteriore al vostro acquisto, potrò essere privata della libera facoltà di disporre a mio talento dei diritti d'ipoteca che sugli altri fondi mi competevano? È ben ridicola la vostra pretesa! Ignorate forse che la condizione del creditore non cambia per l'alienazione che fa il debitore ad un terzo del fondo ipotecato (1)? Come dunque io poteva perdere dopo l'alienazione del fondo D il diritto di rinunziare alla ipoteca a me competente sugli altri fondi A, B e C, se prima di una tale alienazione nessuno poteva contrastarmi una tale libertà? Doveva io forse essere la tutrice dei vostri interessi, e conservare a disposizion vostra diritti a me esclusivamente competenti, a cui senza danno e pericolo poteva rinunziare? Voi dite che colla mia rinunzia ho resa impossibile la surroga, sulla quale avevate fatto assegnamento, e che perciò le conseguenze di una tale rinunzia devono cadere su di me che ne sono l'autrice, e non su di voi. Ma non basta che io abbia deluse e mandate a vuoto le vostre speranze e le vostre aspettative. Perchè dovessero

(1) L. 15, C. *De pignoribus.*

tornare a mio danno le conseguenze della fatta rinunzia, sarebbe stato mestieri che le vostre speranze e le vostre aspettative fossero state un diritto, e che la mia rinunzia fosse stata illecita e alla legge contraria. Ora, la rinunzia che mi era permessa prima del vostro acquisto, senza perder nulla dei diritti a me competenti sul fondo D, poteva forse divenire illecita per ciò solo che si cambiò il padrone del detto fondo D vincolato a mia garanzia? E le vostre speranze ed aspettative come potevano essere un diritto, se da parte mia non poteva esservi alcun obbligo di conservare per voi illese ed intatte le mie ragioni sui fondi A, B e C diversi da quello che fu il soggetto del vostro acquisto? Colla mia rinunzia io ho fatto uso di un mio diritto, e di una mia facoltà. Se per questa rinunzia restate privo di una garanzia, nella quale avevate collocate le vostre speranze, dovete dolervi della vostra dabbenaggine, che si fidò di una garanzia che poteva da un momento all'altro dileguarsi e svanire irrevocabilmente; dovete dolervi della vostra sconsideratezza, onde non curaste di fare il giudizio di purgazione, col quale vi sareste liberato per sempre dal pericolo di qualunque azione ipotecaria. — Con queste semplici e brevi risposte io credo che Caia potrebbe difendersi dalle obbiezioni che il Troplong mette in bocca a Quarto acquirente del fondo D.

1079. Ma il terzo possessore molestato coll'azione ipotecaria potrà rifiutarsi in tutto o in parte al pagamento del credito dell'attore, se avrà pagato col prezzo un creditore anteriore, oppure se col prezzo si sarà compensato di un suo credito anteriore a quello dell'attore? Per Diritto Romano, quando il debitore vendeva il pegno al primo creditore, non era interdetta l'azione ipotecaria agli altri creditori posteriori; ma il secondo creditore non poteva efficacemente intentarla, se non offriva al primo ciò che gli era dovuto pel suo credito (1). E quando il debitore vendeva il pegno ad un terzo qualunque, il quale dimetteva un creditore ipotecario anteriore, anche in questo caso il creditore posteriore al dimesso aveva l'azione ipotecaria contro il compratore, ma questi aveva il diritto di opporre all'attore l'eccezione *di ritenzione*, e non era tenuto a rilasciare il fondo, se non venivagli offerto dall'attore quanto era stato impiegato nel pagamento del

(1) Vol. II, n. 505, pag. 373.

creditore anteriore già dimesso dal medesimo compratore (1). Per Diritto Romano insomma tanto se il debitore vendeva o dava *in solutum* il fondo ipotecato al primo creditore, quanto se il terzo compratore dimetteva col prezzo un creditore ipotecario anteriore, il secondo creditore non poteva efficacemente esercitare l'azione ipotecaria contro il terzo possessore, se non offrendo ciò che era dovuto allo stesso terzo possessore pel suo credito, o ciò che il terzo possessore aveva pagato ad un primo creditore ipotecario, e il terzo possessore difendevasi dall'azione ipotecaria contro lui intentata coll'eccezione di *ritenzione*. Compete questa medesima eccezione al terzo possessore nei due casi ora indicati anche secondo i principj del Codice Napoleone? Il Troplong tratta questa importantissima questione distinguendo i due casi. Prima di tutto considera il caso del creditore anteriore che diviene possessore del fondo a lui ipotecato, e decide che l'azione ipotecaria resta integra a qualunque creditore posteriore, e che il creditore ipotecario anteriore divenuto terzo possessore non può difendersi colla eccezione che nel caso simile gli accordava il Gius Romano. Se non che il Troplong avvisando che il secondo creditore, il quale intenta l'azione ipotecaria contro il primo divenuto acquirente dell'immobile, farebbe un giudizio a sè inutile e dannoso al terzo possessore, qualora si verificasse il caso che il prezzo della vendita giudiziale del fondo espropriato non bastasse all'intera soddisfazione del credito anteriore del medesimo terzo possessore, ammette che il terzo possessore, che è anche creditore ipotecario anteriore, possa pretendere che il secondo creditore, il quale muove l'azione ipotecaria, dia cauzione di far salire il prezzo del fondo a somma tale da bastare alla piena soddisfazione del credito anteriore dello stesso terzo possessore (2). Nello stesso modo decide l'altro caso del terzo possessore che dimise col prezzo creditori anteriori a quello che intenta contro di lui l'azione ipotecaria, per la ragione giustissima che questo terzo possessore, essendo surrogato per legge nelle ragioni e nei diritti dei creditori dimessi, trovasi nella stessa condizione del terzo possessore che è ad un tempo creditore ipotecario, e non può quindi

(1) Vol. II, n. 505, pag. 374, 375, 376. — L. 3, C. *De his, qui in prior. credit. locum.* — L. 3, § 1, D. *De distr. pignorum.*

(2) Art. 2170, n. 804.

avere maggiori diritti di quelli che a quest'ultimo competono in faccia ai creditori secondi che esperimentano l'azione ipotecaria contro di lui (1). Anche il Duranton pensa che il terzo possessore, il quale è ad un tempo creditore ipotecario inscritto sul fondo, non può opporsi al libero esercizio dell'azione ipotecaria mossagli contro da un secondo creditore (2). Io credo che a questa opinione non si possa contraddire. Il creditore, che dal suo debitore acquista il fondo ipotecato, è un terzo possessore non meno di un estraneo qualunque, a cui sia dello stesso fondo fatta la vendita (3). Ora l'articolo 2166 in termini assoluti dichiara che i creditori aventi privilegio od ipoteca inscritta sopra un immobile ritengóno sopra di esso le loro ragioni, *ancorchè passi in qualunque altro possessore,* per essere collocati e pagati secondo l'ordine dei loro crediti o inscrizioni. La legge non fa distinzione tra possessore e possessore, e le parole — *in qualunque altro possessore* — non possono non applicarsi al creditore ipotecario anteriore che acquista il fondo ipotecato a sua garanzia. Non sono meno generali le disposizioni degli articoli 2167 e 2168. L'obbligo di pagare i crediti ipotecari inscritti è imposto dalla legge a qualunque terzo possessore che non libera la sua proprietà colle formalità del giudizio di purgazione. Da questa obbligazione rimane perciò colpito il creditore ipotecario che non si curò di fare il giudizio di purgazione del fondo alienatogli dal suo debitore. I citati articoli 2167 e 2168 determinano gli obblighi che ha in faccia ai creditori inscritti qualunque terzo possessore che non fa il giudizio di purgazione, e questi obblighi in forza delle generali ed assolute espressioni del legislatore sono applicabili a qualunque terzo possessore e quindi anche a quello che è ad un tempo creditore inscritto, in quanto che tali obblighi sono una conseguenza del possesso dell'immobile gravato da inscritte ipoteche e dell'inadempimento delle formalità, onde l'immobile stesso poteva essere liberato da qualunque onere ipotecario. Come le disposizioni dei citati articoli 2167 e 2168 determinano gli obblighi del terzo possessore in faccia ai creditori inscritti, così quella dell'articolo 2169 indica i diritti, che possono esercitare i creditori ipotecari contro il terzo possessore che non si

(1) Art. 2170, n. 805.
(2) Liv. 3, tit. 18, n. 237, tome XI.
(3) L. 1, C. *Si antiquior creditor.*

curò di soddisfare alle obbligazioni a cui è tenuto per legge. Ora il citato articolo dispone che tralasciando il terzo possessore di soddisfare pienamente o all' una o all'altra delle obbligazioni impostegli coll'antecedente articolo 2168, *qualunque creditore ipotecario* ha diritto di far vendere a carico di lui l'immobile ipotecato. Se qualunque creditore ipotecario ha diritto nel detto caso di fare a carico del terzo possessore il giudizio di espropriazione del fondo ipotecato, è evidente che la legge non ha alcun riguardo alla qualità di primo o secondo creditore, e che gli stessi diritti, quanto all'esercizio dell'azione ipotecaria, competono al primo come ad un secondo creditore. Come la sola qualità di terzo possessore rende soggetto l'acquirente di un immobile ipotecato alle conseguenze dell'azione ipotecaria da intentarsi contro di lui dai creditori inscritti; così la sola qualità di creditore ipotecario, qualunque sia la data della sua inscrizione, dà diritto di agire coll' azione ipotecaria contro il terzo possessore. Non si potrebbe accordare l'eccezione di *ritenzione* al terzo possessore pei suoi crediti inscritti sul fondo anteriormente a quello del creditore che muove l'azione ipotecaria, senza modificare arbitrariamente le disposizioni dei citati articoli del Codice Napoleone. Non puossi invocare in difesa di una tale eccezione nè il Diritto Romano, nè l'equità. Non il Diritto Romano. Primieramente, per Diritto Romano al creditore anteriore competevano sul fondo ipotecato maggiori diritti di quelli che spettavano ai creditori posteriori. Il solo creditore anteriore infatti aveva il diritto di vendere il fondo ipotecato, e i creditori posteriori non potevano esercitare un tale diritto se non venivano surrogati nelle ragioni di lui (1). Perciò se la vendita del fondo ipotecato era fatta dal primo creditore, il secondo non poteva molestare coll'azione ipotecaria il compratore (2); e quando era fatta dal secondo creditore, restava salva al primo l'azione ipotecaria contro il compratore (3). In secondo

(1) L. 5, pr. D. *De distr. pignorum.* — L. 3, C. *Si ant. creditor.*

(2) « Si a creditore priori seu antiquiori pignus sit distractum, nec creditor posterior, nec debitor rem evincere potest. » (Brunnemannus ad L. 1, C. lib. 8, tit. 20, n. 3.) — L. 1, C. *Si ant. creditor.* — L. 7, C. *De obl. et actionibus.*

(3) « Quod si posterior creditor hypothecarius pignora distraxit, prior ac jure potior nullam contra posteriorem creditorem de pretio ex pignorum venditione redacto actionem habuit; sed tantum contra tertios pi-

luogo, oltrechè le ipoteche erano occulte, e l'alienatario non poteva nel momento del suo acquisto conoscere i pesi dai quali era gravato il fondo, il rimedio del giudizio di purgazione, col quale il terzo possessore può liberare l'acquistata proprietà da qualunque vincolo ipotecario e sottrarsi per sempre al pericolo e alle conseguenze dell'azione ipotecaria, era sconosciuto alla romana giurisprudenza. Voleva dunque l'equità che la legge con un qualche temperamento venisse in difesa dell'alienatario, il cui prezzo era stato impiegato nel pagamento del creditore anteriore, e questo temperamento appunto si fu l'eccezione di *ritenzione*. Ma non ebbe duopo di soccorrere con questo ripiego al terzo possessore la legge di Napoleone, la quale gli accordò il rimedio del giudizio di purgazione per liberare la sua proprietà dai pesi tutti ipotecari che la gravano e schivare per sempre le minacce e i danni delle azioni ipotecarie che potrebbero quando che sia essere intentate. Il terzo possessore, che non fa uso di questo rimedio concessogli dalla legge moderna, non può più invocare l'equità per giovarsi dell'antica eccezione di *ritenzione*. Quando il terzo possessore, che non liberò col giudizio di purgazione l'acquistato fondo dagli oneri ipotecari, viene molestato con azione ipotecaria da un creditore posteriore a quello che fu dimesso col prezzo dell'acquisto, deve dolersi di sè stesso per avere posti in non cale i rimedi atti a preservarlo per sempre da qualunque azione ipotecaria, e non ha ragione di arrestare il corso all'azione mossagli dal creditore posteriore con una eccezione di *ritenzione*. Imperocchè prima della vendita giudiziale fatta colle cautele determinate dalla legge rimane incerto, se il giusto valore del fondo può o no bastare al pagamento del creditore secondo che muove l'azione, e d'altra parte non è giusto nè equo che il terzo possessore metta in campo una questione di preferenza e di grado, nella quale si fonda in sostanza la eccezione di *ritenzione*, prima del giudizio d'ordine, giudizio che deve aprirsi nell'interesse di tutti i creditori dopo che il prezzo del fondo fu tassativamente determinato nei modi legali. Per queste ragioni io penso col Troplong e col Duranton che l'antica eccezione di *ritenzione* debba oggi negarsi al terzo possessore. E tengo anzi che neppure debba

gnorum possessores hypothecaria experiri jus civile ei permisit. » (Voet, lib. 20, tit. 5, n. 11.)

accettarsi il temperamento, ammesso dal Troplong, della cauzione da prestarsi dal creditore secondo che intenta l'azione ipotecaria contro il terzo possessore, il cui prezzo fu impiegato nella dimissione di un creditore anteriore. Il secondo creditore ha o no diritto nel caso, di cui si discorre, di muovere l'azione ipotecaria contro il terzo possessore? Se ha un tale diritto, come ammette lo stesso Troplong, non fa alcun torto allo stesso terzo possessore, qualunque sia il danno che dall'esercitata azione possa a quest'ultimo derivare. Qual ragione ha il terzo possessore di pretendere la detta cauzione, se era in facoltà sua di schivare i danni e le conseguenze tutte dell'azione, onde è molestato, col rimedio del giudizio di purgazione? Nel tomo quinto della *Collezione delle Massime di Diritto stabilite dal Supremo Consiglio di Giustizia di Modena* sotto la Decisione 999 del 16 marzo 1833 (1) leggesi la seguente massima: « Il terzo possessore di un fondo ipotecato impetito da un creditore può difendersi da tale molestia fino alla concorrenza di quella somma che abbia impiegata nella dimissione di creditori anteriori all'attore, poichè è venuto a subingredire nelle ragioni dei dimessi, e l'ipoteca del posterior creditore che al suo nascere trovò il fondo affetto da quelle anteriori, non poteva divenire civilmente efficace se non in quanto il fondo ne fosse rimasto libero, mentre continuava tuttavia il dominio del debitore. » Questa massima per le ragioni già dette potrà applicarsi al terzo possessore, che acquistò il fondo gravato anteriormente all'epoca in cui il Codice Napoleone fu pubblicato e ottenne forza di legge negli Stati Estensi, ma non a quello, il cui acquisto fu fatto durante la legislazione ipotecaria del Codice Napoleone. E infatti in quest'ultimo caso come potrebbe sostenersi dal terzo possessore che l'ipoteca del posterior creditore, che al suo nascere trovò il fondo colpito dalle anteriori, non poteva divenire civilmente efficace se non in quanto il fondo ne fosse rimasto libero, mentre l'articolo 2167 del Codice Napoleone chiaramente dispone che se il terzo possessore non adempie alle formalità del giudizio di purgazione, resta, in vigore della sola inscrizione, *obbligato come possessore a tutti i debiti ipotecari?* mentre il successivo articolo 2168 obbliga il terzo possessore nel detto caso o a pagare tutti gl'interessi e ca-

(1) Pag. 127. — Vedi anche le Decisioni 604 del 27 febbraio 1828, tomo III, pag. 17; e 913 del 13 dicembre 1831, tomo IV, pag. 238.

pitali esigibili, *qualunque sia la somma cui possano ammontare,* o a rilasciare *senza alcuna riserva* l'immobile ipotecato? e l'articolo 2169 finalmente, nel supposto caso che il terzo possessore tralasci di soddisfare pienamente ad una delle dette obbligazioni, dà diritto a qualunque creditore ipotecario di far vendere a carico di quello l'immobile ipotecato? Ben giudicò a parer mio una sentenza del Tribunale di Reggio del 20 marzo 1844, in una causa Soliani con Foà, dichiarando che la tesi dell'antico Diritto, — non potersi impetire con azione ipotecaria quel fondo il di cui prezzo fu tutto erogato nella dimissione di creditori anteriori, — fondata sulla ragione che con tal dimissione si trasfonde nell'acquirente il diritto di ritenzione, non è applicabile al caso di acquisti fatti dopo il 1 luglio 1809 o 1 gennaio 1810, i quali, a differenza degli anteriori, sono in faccia ai creditori e pel completo affrancamento dai vincoli ipotecari soggetti alla purgazione delle relative ipoteche, nel di cui procedimento possono aver luogo quegli accrescimenti del prezzo stipulato nel contratto d'acquisto, di cui parla l'articolo 2185 del Codice Napoleone (1).

1080. L'ipoteca è indivisibile, e il creditore cui compete può per Diritto Romano esercitare liberamente la sua azione per l'intero credito contro quello dei fondi ipotecati che a lui talenta (2), e d'altra parte al terzo possessore, che paga il creditore da cui è molestato coll'azione ipotecaria, il diritto compete di pretendere la cessione delle ragioni (3). Siccome poi tutti i possessori dei fondi ipotecati per lo stesso credito sono egualmente tenuti per cagione della cosa posseduta al pagamento del debito, e siccome tutti hanno diritto di pretendere dal creditore dimesso la cessione delle ragioni; così tutti gl'Interpreti s'accordano nell'attribuire al terzo possessore, che pagò per intero la somma dovuta al creditore che intentò l'azione ipotecaria, il diritto di molestare gli altri terzi possessori non per l'intero credito, ma per la quota corrispondente al valore della cosa da ciascuno di essi posseduta. In tal modo viene fra tutti i possessori mantenuta l'eguaglianza, e senza pregiudizio

(1) Vedi nella Raccolta Raisini la Decisione 18 del Supremo Tribunale di Revisione degli Stati Estensi del 18 marzo 1853, vol. 1, fasc. 2, pag. 131.

(2) « Creditoris arbitrio permittitur, ex pignoribus sibi obligatis, quibus velit distractis, ad suum commodum pervenire. » (L. 9, pr. D. *De dist. pignorum.*)

(3) L. 19, D. *Qui potiores.*

dei diritti del creditore e senza far onta alla indivisibilità della sua ipoteca, tutti in fatto concorrono al debito in proporzione del valore dei fondi rispettivamente posseduti (1). Questa massima d'altronde è appoggiata alla disposizione saggissima ed equissima della L. 5, pr. *D. De censibus* (2). Il Codice Napoleone ha conservato all'ipoteca moderna i caratteri essenziali dell'ipoteca antica, e il terzo possessore, che paga il creditore inscritto sul fondo, anche senza bisogno della cessione delle ragioni, è in forza della disposizione dell'articolo 1251 n° 2 surrogato *ipso jure* in tutti i diritti competenti al creditore dimesso (3). Perciò nel caso di diversi possessori di più fondi obbligati per lo stesso credito, gl'Interpreti Francesi attribuiscono concordemente al terzo possessore che pagò per intero il debito gli stessi diritti che gli accordava la romana giurisprudenza, ossia il diritto di rivolgersi contro gli altri terzi possessori per obbligarli a sottostare al pagamento del debito per la loro quota, ossia in proporzione del valore dei fondi da ciascuno posseduti (4).

1081. Il terzo possessore citato coll'azione ipotecaria, se non vuole pagare le somme al creditore dovute, può fare il rilascio del fondo. Siccome la obbligazione del terzo possessore non è personale, ma intanto egli è tenuto in quanto possiede il fondo obbligato a garanzia del creditore; così l'abbandono del fondo, da cui solo nasce la obbligazione, scioglie il terzo possessore da ogni obbligo e da ogni responsabilità (5). Quando il terzo possessore fa il rilascio del fondo gravato dalla ipoteca, il creditore nulla può da lui più pretendere, ed è perciò che le Leggi Romane

(1) « Illud minus ambiguum est, eum, qui solidum solvit, non solidum a ceteris aliorum pignorum possessoribus recuperaturum, sed tantum pro rata, ut ita paris sit conditionis cum aliis, qui itidem ex eo solo, quod pignorum possessores sunt, conveniri possunt. » (Voet, lib. 20, tit. 4, n. 6.)

(2) « Cum possessor unus expediendi negotii causa tributorum jure conveniretur, adversus ceteros, quorum æque prædia tenentur, ei, qui conventus est, actiones a Fisco præstantur: scilicet, ut omnes pro modo prædiorum pecuniam tributi conferant: nec inutiliter actiones præstantur, tametsi Fiscus pecuniam suam recuperaverit, quia nominum venditorum pretium acceptum videtur. » (L. 5, D. *De censibus*.)

(3) Vedi vol. II, n. 507, pag. 377.

(4) Troplong, art. 2168, n. 788 ter.

(5) Si vero possideat, et aut pecuniam solvat, aut rem restituat, æque absolvendus est. » (L. 16, § 3, D. *De pignoribus*.)

dànno all' azione ipotecaria il nome di ***rivendicazione***, perchè con questa il creditore può rivendicare il pegno dalle mani del terzo possessore, che non vuole pagare il debito ipotecario (1). Secondo il Troplong il rilascio non è che il semplice abbandono del possesso del fondo, fatto dal terzo possessore ai creditori inscritti per sottrarsi al pagamento dei debiti ipotecari e al giudizio di espropriazione (2). Io credo che il rilascio sia qualche cosa di più che l' abbandono del semplice possesso, e sia piuttosto una vera abdicazione del gius di dominio. Dichiara in fatti l' articolo 2172 che il rilascio del fondo per soddisfare all' ipoteca può eseguirsi da qualunque terzo possessore, il quale abbia la capacità di alienare. Da questa capacità di alienare che deve trovarsi nel terzo possessore che fa il rilascio, è forza il dedurre che il rilascio è una vera alienazione. Non si spiegherebbe certamente il perchè debba avere la capacità di alienare chi fa il rilascio, se questo non fosse una vera alienazione. E l' alienazione, qualunque sia il titolo, per cui è fatta, spoglia sempre l' alienante del gius di dominio (3). Il rilascio dunque, che è un atto di alienazione, importa di sua natura l' abbandono del dominio (4). Non dica il Troplong in difesa della sua definizione che non ostante il rilascio può il terzo possessore riprendere il fondo, pagando l' intero debito e le spese, finchè non è seguita l' aggiudicazione. Da questa facoltà concessa al terzo possessore non può dedursi che il rilascio sia semplicemente l' abbandono del possesso, ma può inferirsi soltanto che il rilascio non spoglia il possessore del dominio in un modo assoluto ed irretrattabile, in quanto che la legge gli riserva il diritto di riprendere il fondo sino al giorno

(1) L. 12, pr. D. *Qui potiores*. — L. 11, C. *De remiss. pignoris*.

(2) « C'est l'abandon de la possession de l'héritage, fait par le tiers détenteur aux créanciers inscrits pour s'exempter de l'expropriation. » (Troplong, art. 2168, n. 785.)

(3) « Alienatum non proprie dicitur, quod adhuc in dominio venditoris manet. » (L. 67, D. *De verb. significatione.*) — « Est alienatio omnis actus, per quem dominium transfertur. » (L. 1, C. *De fundo dotali.*) — « Non alienat, qui dumtaxat omittit possessionem. » (L. 119, D. *De div. reg. Juris.*)

(4) « Mais pour délaisser, il faut qu'il ait capacité d'aliéner, ce qui est conforme aux principes généraux, qui regardent l'abandon d'une propriété comme une aliénation. » (Tarrible, Répert., *Tiers détenteur*, n. 327.)

della definitiva aggiudicazione (1). Il Troplong è logico quando dice che il rilascio non è una alienazione (2). Ma io gli dimando il perchè, se il rilascio non è una alienazione, può farsi soltanto da chi ha la capacità di alienare? Appunto perchè il rilascio scioglie i vincoli di proprietà che legavano il fondo al terzo possessore, questi rimane liberato dalle obbligazioni, onde era stretto per causa della cosa. E infatti, perchè col rilascio possa il terzo possessore rimanere sciolto dagli obblighi a cui è tenuto in faccia ai creditori ipotecari, è necessario che mediante il rilascio cessi di esser terzo possessore. Ora è certo ed ammesso dallo stesso Troplong (3) che non un possesso qualunque rende risponsabile il terzo possessore dei debiti ipotecari, ma un possesso a titolo di dominio. Se dunque il terzo possessore è obbligato al pagamento dei debiti ipotecari non in quanto possiede la cosa ipotecata naturalmente e materialmente, ma solo in quanto la possiede a titolo di proprietà e come padrone; così resterà sciolto e svincolato dal detto obbligo non già col semplice abbandono del possesso materiale, ma coll'abbandono di quel possesso che è la causa della sua obbligazione. Posto dunque che la causa della obbligazione, che ha il terzo possessore di pagare i debiti ipotecari, è il possesso a titolo di dominio, dovrà necessariamente il rilascio, che è il modo legale onde il terzo possessore si sottrae alla detta obbligazione, essere l'abbandono del possesso non meno che della proprietà. Insomma chi fa il rilascio cessa di esser possessore obbligato in tale qualità al pagamento dei debiti ipotecari. Dunque cessa di essere proprietario del fondo, perchè il terzo possessore tenuto, come si è detto, al pagamento dei debiti ipotecari, è quegli che possiede a titolo di dominio. Col rilascio pertanto rimane risoluto il titolo onde la proprietà si trasfuse nel terzo possessore. Nè osta alla detta risoluzione la disposizione dell'articolo 2177, giusta il quale i creditori particolari del terzo possessore esercitar possono la loro ipoteca secondo il loro grado

(1) Duranton, tome XI, liv. 3, tit. 18, n. 263, 264.

(2) « Notre article confirme de la manière la plus expresse ce que j'ai dit, que le délaissement n'est pas une aliénation, mais seulement une abdication de la possession. » (Troplong, art. 2173, n. 825.)

(3) « J'ajoute que le tiers détenteur dont parle ici la loi est celui-là seul qui est propriétaire de la chose sur laquelle est assise l'hypothèque, et qui peut l'aliéner. » (Troplong, art. 2167, n. 784 bis.)

sopra il fondo rilasciato dopo tutti quelli che si trovano inscritti a carico dei precedenti proprietari. Imperocchè da una parte nel caso di rilascio la risoluzione del dominio ha luogo soltanto in faccia ai creditori ipotecari dell' alienante (1). Dall' altra sarebbe contrario alla giustizia ed equità che la risoluzione di un dominio acquistato puramente e senza alcuna condizione, risoluzione consentita dalla legge all' unico scopo di liberare il terzo possessore dall' obbligo di pagare i debiti ipotecari del suo autore, potesse portare lo scioglimento delle ipoteche legittimamente costituite dallo stesso terzo possessore a favore dei suoi creditori (2). Del resto la regola — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* — non è generale ed assoluta, ed ha luogo soltanto, come diremo più avanti, nei casi in cui la risoluzione è un risultato naturale di una condizione risolutiva, espressa o tacita, inerente al trasferito dominio (3). Tengasi dunque che il rilascio importa una vera abdicazione del gius di proprietà per parte del terzo possessore, abdicazione per altro cui egli può ritrattare prima della aggiudicazione definitiva usando della facoltà accordatagli dall' articolo 2173 di riprendere l' immobile. Ed io perciò mi soscrivo con pienissima convinzione alla opinione del Duranton, il quale pensa che i casi fortuiti, i quali portano dopo il rilascio la distruzione del fondo già rilasciato, tornano a pregiudizio dell' alienante, e non del terzo possessore che fece il rilascio, al quale non è applicabile il principio — *Res perit domino*, — in quanto che dal giorno del rilascio il terzo possessore cessa di essere proprietario del fondo, ed ha il solo diritto di riprenderlo pagando per intero il creditore che promosse il giudizio (4).

1082. Alcuni Interpreti Francesi osservano che la legge non ha fissato alcun termine, entro il quale il rilascio debba farsi; ma il Duranton opina non potersi eseguire dopo l' apertura del giudizio di espropriazione intrapreso a carico del terzo posses-

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 263, tome XI.

(2) « Jus creditori recte constitutum, restitutione post secuta citra injuriam ei auferri non potest: constitutum inquam creditori ab eo, qui plenum rei dominium habet, qui rem a domino emit pure sine ulla conditione aut suspensiva aut resolutiva, denique ab eo, cujus jus a nemine alio dependebat. » (Vinnj Selectar. Jur. Quæst. lib. 2, cap. 5.)

(3) Vinnj loc. cit.

(4) Duranton, liv. 3. tit. 18, n. 264, tome XI.

sore (1). A parer mio male si appongono quegli Interpreti, i quali pensano non essere stato assegnato dalla legge alcun termine ad eseguire il rilascio. Non dice infatti l'articolo 2169 che tralasciando il terzo possessore di soddisfare pienamente ad una delle due obbligazioni indicate nell'antecedente articolo 2168, cioè o di pagare tutti gl'interessi e capitali esigibili, o di rilasciare senza alcuna riserva l'immobile ipotecato, qualunque creditore ipotecario ha diritto di far vendere a carico di quello l'immobile ipotecato, *trenta giorni dopo l'ordine ingiunto al debitore originario, e dopo l'intimazione fatta al terzo possessore di pagare il debito già esigibile o di rilasciare il fondo?* Non è evidentemente dal citato articolo assegnato al terzo possessore il termine di 30 giorni dopo il detto ordine ed intimazione per eseguire o il pagamento o il rilascio del fondo? Il giudizio di espropriazione non è la pena inflitta dalla legge al terzo possessore che non cura di soddisfare ad una delle dette due obbligazioni? Non dichiara espressamente la legge che il terzo possessore incorre in questa pena tralasciando l'adempimento delle accennate obbligazioni dopo i 30 giorni di cui parla il detto articolo 2169? Se dopo il termine dei 30 giorni assegnato coll'articolo 2169, qualunque creditore ipotecario ha diritto di far vendere a carico del terzo possessore l'immobile ipotecato, è chiaro che questi non potrà più fare il rilascio passato il detto termine, sì perchè è già incorso nella pena inflittagli dalla legge, sì perchè osta al rilascio il diritto già acquistato da qualunque creditore ipotecario di far vendere il fondo a carico del terzo possessore.

1083. Ma non si creda che il terzo possessore citato coll'azione ipotecaria, per sottrarsi al giudizio di espropriazione, possa soltanto pagare il debito o fare il rilascio. Dalla disposizione dell'articolo 2169 non deve scompagnarsi quella dell'articolo 2183, il quale prescrive che se il nuovo proprietario vuole garantirsi dagli effetti de' procedimenti permessi nel capo 6 del titolo — *Dei Privilegi e delle Ipoteche*, — è tenuto prima che sia promossa l'istanza, o dentro un mese al più tardi da computarsi dalla prima fattagli intimazione di notificare ai creditori

(1) « Le Code ne fixe pas le délai dans lequel, à compter des premières poursuites, le détenteur doive faire le délaissement . . . . . Cependant on est communément d'avis qu'il ne peut le faire après que l'immeuble a été saisi sur lui. » (Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 262.)

inscritti gli estratti e la tabella, di cui è fatta menzione nello stesso articolo. Dal quale articolo vuolsi dedurre che il terzo possessore ha la libertà di fare il giudizio di purgazione del fondo acquistato non solo prima di essere molestato coll' azione ipotecaria, ma altresì entro un mese dalla intimazione di pagare o di rilasciare il fondo a lui fatta dal creditore ipotecario. Colla scorta pertanto delle combinate disposizioni degli articoli 2168, 2169 e 2183 si può con tutta certezza ritenere che il terzo possessore citato da un creditore coll' azione ipotecaria, per liberarsi dall' onta e dal danno di un giudizio di espropriazione, ha tre rimedi accordatigli dalla legge, de' quali può far uso a sua scelta, cioè il pagamento del debito, il rilascio del fondo, il giudizio di purgazione (1).

Ma ad una questione lasciarono aperto il campo le espressioni degli articoli 2169 e 2183. Nell' uno e nell' altro il termine assegnato al terzo possessore è fatale e di rigore, scorso il quale il creditore ipotecario acquista il diritto di procedere al giudizio di espropriazione a carico dello stesso terzo possessore. Ma secondo l' articolo 2169 il termine a pagare o a fare il rilascio assegnato al terzo possessore è di giorni 30; laddove secondo l' articolo 2183 il termine a fare il giudizio di purgazione è di un mese, il quale perciò può essere o di 30, o di 28 o di 31 giorni. Il disaccordo fra le due citate disposizioni fa nascere il dubbio, se anche nel caso dell' articolo 2183 il mese assegnato dalla legge al terzo possessore per fare il giudizio di purgazione debba sempre essere di 30 giorni. Grenier contraddicendo all' opinione di Battur vuole che il termine a cominciare il giudizio di purgazione sia di un mese, e che perciò possa essere o più lungo o più corto dei 30 giorni secondo la natura del mese che corre (2). Il Troplong (3) s' attiene all' opinione del Battur, e a quella si oppone del Grenier. Io seguo l' opinione del Troplong. Tanto il rilascio, quanto il giudizio di purgazione sono due rimedi dati dalla legge al terzo possessore per schivare il disdoro e il danno del giudizio di espropriazione, che il creditore ipotecario ha diritto di fare a carico

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 218, tome XI. — Persil, art. 2167, 2168, n. 4.

(2) Grenier, tome II, n. 341.

(3) Troplong, art. 2169, n. 793.

di lui. Ragion vuole che questi due rimedi concessi al terzo possessore, come quelli che tendono allo stesso scopo, sieno prescritti collo stesso termine. E siccome il benefizio di fare il rilascio si perde dal terzo possessore 30 giorni dopo l'intimazione a lui fatta dal creditore ipotecario di pagare il debito o dimettere il fondo; così collo stesso termine di 30 giorni da computarsi dalla stessa intimazione deve perdersi dal terzo possessore il diritto di fare il giudizio di purgazione. Per non rendere incoerente il legislatore, le espressioni dell'articolo 2183 devono spiegarsi colla scorta dell'antecedente articolo 2169, giusta la regola insegnata da Paolo nella L. 28, D. *De legibus* (1). Il quale articolo 2169 mostra chiaramente che il mese assegnato al terzo possessore nell'articolo 2183 è dal legislatore computato di 30 giorni.

Articolo 2169.

Tralasciando il terzo possessore di soddisfare pienamente ad una di queste obbligazioni, qualunque creditore ipotecario ha diritto di far vendere a carico di quello l'immobile ipotecato, trenta giorni dopo l'ordine ingiunto al debitore originario, e dopo l'intimazione fatta al terzo possessore di pagare il debito già esigibile o di rilasciare il fondo.

SOMMARIO.

1084. Se il terzo possessore molestato dal creditore ipotecario non paga il debito, o non fa il rilascio, o il giudizio di purgazione del fondo entro il termine fissato dalla legge, il creditore, senza bisogno di alcuna sentenza, ha diritto di far vendere lo stesso fondo a carico del medesimo terzo possessore. Un tale diritto compete a qualsiasi creditore ipotecario, qualunque possa es-

(1) « Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariæ sint. » (L. 28, D. *De legibus*.)

sere il grado che gli potrà toccare nel giudizio d'ordine. La vendita deve farsi colle formalità del giudizio di espropriazione, 30 giorni dopo l'ordine ed intimazione di cui è parola nell' articolo 2169.

1085. Il creditore ipotecario non ha bisogno di diffidare il terzo possessore a fare il giudizio di purgazione.

1086. Il terzo possessore molestato con azione ipotecaria, il quale non fa il giudizio di purgazione nel termine fissato dall' articolo 2183, decade da un tale benefizio in faccia a tutti i creditori, ed è lecito a qualunque di essi di procedere al giudizio di espropriazione a carico di lui, senza bisogno di ripetergli la intimazione di pagare il debito o dimettere il fondo prescritta nell' articolo 2169. Deve però in quest' ultimo caso il creditore che vuol fare il giudizio di espropriazione contro il terzo possessore premettere l' intimazione ordinata dagli art. 2217 del Cod. Civ. e 673 del Cod. di Procedura. La quale intimazione deve farsi allo stesso terzo possessore.

1087. Perchè il creditore ipotecario possa procedere al giudizio di espropriazione a carico del terzo possessore, è necessario che il credito di lui risulti da un documento autentico ed esecutivo. Altrimenti è indispensabile una sentenza di condanna.

1088. Il creditore che intenta l' azione ipotecaria contro il terzo possessore non può in alcun caso scostarsi dalla via tracciata rigorosamente dal legislatore per la vendita dell' immobile, non ostante qualunque patto in contrario stipulato fra il debitore e il creditore.

1089. La disposizione dell' art. 2078, in forza della quale è salvo il diritto al creditore di far ordinare giudizialmente, che il pegno rimarrà presso di sè in pagamento, e fino alla concorrenza del debito, a norma della stima fatta per mezzo de' Periti, oppure che sarà venduto all' incanto, non può essere applicabile in nessun caso al creditore ipotecario.

1084. L' acquirente di un fondo gravato da ipoteche è come possessore obbligato a tutti i debiti ipotecari, ed è perciò tenuto a pagare tutti gl' interessi e capitali esigibili, qualunque sia la somma cui possano ammontare (1). Ed è sì vero che la legge considera il terzo possessore come debitore, che gli accorda il favore dei termini e dilazioni competenti al debitore originario (2).

(1) Art. 2167, 2168.
(2) Persil, art. 2167, 2168, n. 2.

Se non che tra la obbligazione del debitore originario e quella del terzo possessore corre questa sostanziale ed importantissima differenza, che la prima è assoluta ed irrevocabile e deve essere dal debitore in qualunque modo soddisfatta; laddove la seconda è rivocabile e di tal natura che il terzo possessore può sottrarsi al suo adempimento o mediante il rilascio del fondo, che della obbligazione di lui è l'unica causa, o col mezzo del giudizio di purgazione (1). Secondo le massime del Codice Napoleone, se il terzo possessore molestato con azione ipotecaria non paga il debito, o non fa il rilascio, o non intraprende il giudizio di purgazione, il creditore senza bisogno di una sentenza di condanna, dopo i 30 giorni assegnati dalla legge cogli articoli 2169 e 2183 ha diritto di procedere agli atti di esecuzione sul fondo ipotecato, ossia al giudizio di espropriazione, il cui scopo è la vendita giudiziale del fondo a carico dello stesso terzo possessore (2). Ed è qui da notarsi un'altra differenza rilevantissima tra la obbligazione del debitore originario e quella del terzo possessore. L'uno e l'altro sono obbligati al pagamento del debito ipotecario; ma siccome la obbligazione del primo è personale, così il creditore può procedere agli atti di esecuzione sopra tutti i beni mobili ed immobili dello stesso debitore, come quelli che stanno a sua garanzia (3); laddove la obbligazione del secondo derivando dalla cosa, il creditore non può fare atti di esecuzione sopra i beni mobili o immobili del terzo possessore non ipotecati pel credito, ma ha diritto soltanto di fare a carico di lui il giudizio di espropriazione del fondo gravato dalla ipoteca, come quello che della obbligazione del medesimo è l'unica causa (4). La sentenza di dichiarazione d'ipoteca, che prima del Codice Napoleone era in Francia l'immediata conseguenza del libello, onde il terzo possessore era stato citato a pagare il debito o a dimettere il fondo, non è più necessaria; e scorso il termine dei 30 giorni dall'intimazione fatta al terzo possessore, il creditore è in diritto di passare immediatamente agli atti di esecuzione, ossia al giudizio di espropriazione del fondo ipotecato (5).

(1) Persil, art. 2167, 268, n. 4.
(2) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 233, tome XI.
(3) Art. 2092, 2093.
(4) Persil, art. 2167, 2168, n. 5; art. 2169, n. 1.
(5) « Stando al Codice Napoleone, l'azione ipotecaria serviva all'unico

Per Gius Romano la facoltà di vendere il fondo ipotecato apparteneva al creditore anteriore (1), e il secondo creditore aveva il solo diritto di pagare il primo per potere esercitare in suo luogo e vece i diritti che al medesimo competevano (2). Il secondo creditore non aveva diritto di vendere il fondo a lui ipotecato se non veniva surrogato nelle ragioni del primo creditore (3). E il diritto di vendere il pegno spettava al primo creditore non solo allora quando gliene era stata espressamente accordata dal debitore la facoltà, ma altresì quando da nessun patto era stato autorizzato alla vendita. Che anzi il creditore poteva vendere il fondo a lui dato in pegno, quand' anche ciò gli fosse stato proibito per patto, purchè però in questo caso la vendita fosse preceduta da tre denunzie o intimazioni fatte al debitore di pagare il debito (4), e ciò per la ragione che il patto di non vendere il pegno è contrario allo scopo e alla causa finale del pegno (5). Il diritto di vendere il pegno era talmente ristretto al primo creditore che questi neppure poteva essere sforzato a procedere alla vendita, e la L. 6,

effetto d'interrompere la prescrizione in materia d'ipoteche, ma era abolita in tutto il resto, e quindi contro il terzo possessore non si dava luogo all' azione ipotecaria, il cui giudizio dovesse terminarsi con una sentenza, ma si intentava un semplice giudizio di pignoramento, ossia giudizio di esecuzione, il quale nasceva unicamente dal fatto dell' esistenza dell' ipoteca regolarmente inscritta sull' immobile stesso, e dai due non fatti del terzo detentore, cioè di non aver purgato l' immobile e di non aver pagato il titolo inscritto nei 30 giorni dopo la fattagli intimazione. Quindi è che nel sistema puro e semplice dei detti articoli 2167, 2168 e 2169 del Codice Napoleone l' ipoteca dovea essere regolarmente inscritta prima che incominciassero gli atti ivi prescritti. » (Sentenza del Tribunal d' Appello di Reggio del 22 gennaio 1844 nella causa — Convento dei Domenicani di Modena e Bonilauri.) — Persil, art. 2169, n. 1. — Troplong, art. 2166, n. 779 bis.

(1) L. 3, pr.; L. 13, D. *De distr. pignorum.* — L. 42, D. *De pigneratitia.* — L. 1, C. *Si antiquior.* — L. 18, C. *De dist. pignorum.*

(2) « Et omnino secundus creditor nihil aliud juris habet, nisi ut solvat priori, et loco ejus succedat. » (L. 12, § 9, D. *Qui potiores.*)

(3) « Nec alias secundum creditorem distrahendi potestatem hujus pignoris consequi, nisi priori creditori debita fuerit soluta quantitas. » (L. 8, C. *Qui potiores.*) — L. 5, pr.; e L. 6, D. *De dist. pignorum.* — L. 22, C. *De pignoribus.* — L. 1 e L. 5, C. *Qui potiores.* — L. 4, C. *De his qui in priorum.* — L. 3, C. *Si antiquior.*

(4) L. 4, D. *De pigneratitia.*

(5) Brunnemannus ad L. 4, D. lib. 13, tit. 7, n. 2.

D. *De pignoratitia* accorda il diritto al secondo creditore di costringere il primo alla vendita *ex causa* soltanto, cioè quando vi sia pronto un compratore che offra un prezzo superiore all'ammontare del credito intiero del primo creditore (1). La cosa procede altrimenti secondo i principj del Codice Napoleone, il quale accorda il diritto di far vendere il fondo a carico del terzo possessore a qualunque creditore ipotecario, o primo o secondo (2). E quand'anche il creditore ipotecario che dimanda l'espropriazione a carico del terzo possessore sia superato di grado da tanti altri creditori anteriori da potersi con tutto il fondamento presumere e prevedere che il prezzo da ricavarsi dalla vendita non potrà bastare al pagamento di lui, ciò nullameno non gli si può negare il diritto di far vendere il fondo a carico del terzo possessore, in quanto che la generale disposizione dell'articolo 2169 accorda un tale diritto a qualunque creditore ipotecario senza curarsi del grado a lui competente, il quale d'altra parte può soltanto essere determinato nel giudizio d'ordine, che per la classificazione dei creditori e la distribuzione del prezzo aprir si deve dopo la vendita del fondo vincolato a garanzia dei diversi creditori (3). Solo dopo la vendita può farsi il confronto tra il valore del fondo e la somma dei crediti inscritti (4). E anche quando al creditore ipotecario non sia dovuto che un ultimo residuo del suo credito, non puossi a lui negare il diritto di far vendere il fondo a carico del terzo possessore, perchè l'ipoteca sta a garanzia di tutto il credito e di ciascuna parte di esso anche minima (5).

La vendita del pegno per Diritto Romano doveva farsi solennemente (6). Anche secondo il Codice Napoleone la vendita del fondo ipotecato deve farsi colle formalità dei giudizi di pignoramento,

(1) L. 15, § 5, D. *De re judicata.*

(2) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 236, tome XI.

(3) Persil, art. 2169, n. 14. — Troplong, art. 2169, n. 795 ter.

(4) « Quæ specialiter vobis obligata sunt, debitoribus detrectantibus solutionem, bona fide debetis et solemniter vendere. Ita enim apparebit, an ex pretio prignoris debito satisfieri possit. » (L. 9. C. *De distr. pignorum.*)

(5) « Quamdiu non est integra pecunia creditori numerata, etiamsi pro parte majore eam consecutus sit, distrahendi rem obligatam non amittit facultatem. » (L. 6, C. *De dist. pignorum.*)

(6) L. 9, C. *De distr. pignorum.* — Voet, lib. 20, tit. 5, n. 5.

e quando l'articolo 2169 accorda il diritto al creditore di far vendere l'immobile a carico del terzo possessore che non fece nè il pagamento, nè il rilascio, nè il giudizio di purgazione, accenna appunto al giudizio di espropriazione, come si deduce anche dall'articolo 2178, che accorda il regresso contro il debitore al terzo possessore che ha pagato il debito ipotecario, o rilasciato l'immobile ipotecato, o subita l'espropriazione dello stesso immobile (1). Ma il giudizio di espropriazione può solo aver luogo 30 giorni dopo l'ordine ingiunto al debitore originario, e dopo l'intimazione fatta al terzo possessore di pagare il debito già esigibile o di rilasciare il fondo. Il debitore originario obbligato personalmente potrebbe con un pronto pagamento della somma al creditore dovuta arrestare il corso dell'intentata azione ipotecaria, le cui conseguenze ricadono sopra lo stesso debitore, contro il quale la legge riserva il regresso al terzo possessore (2). L'ordine pertanto ingiunto al debitore originario di pagare il debito è una misura equissima e salutare, la quale mentre non nuoce e non pregiudica ai diritti del creditore, tende a impedire il dispendio di un giudizio di espropriazione, ed è del resto in armonia coll'articolo 2217, secondo il quale ad ogni dimanda per la spropriazione degl'immobili deve precedere l'intimazione di pagare fatta da un usciere a richiesta ed istanza del creditore alla persona del debitore o al suo domicilio. L'intimazione poi da farsi al terzo possessore di pagare il debito o di rilasciare il fondo serve a mettere in mora il terzo possessore, il quale non deve subire l'onta e il danno di un giudizio di espropriazione se non quando non si cura di far uso dei rimedi che la legge gli accorda per liberarsi dalle conseguenze dell'azione ipotecaria. D'altra parte il terzo possessore è anch'esso in tale qualità obbligato al pagamento dei debiti ipotecari, e il creditore procede appunto al giudizio di espropriazione contro di lui in quanto la legge lo tiene risponsabile dei debiti inscritti. La intimazione pertanto di pagare il debito o di rilasciare il fondo voluta dall'articolo 2169 tiene altresì luogo di quella intimazione prescritta dall'articolo 2217, che deve necessariamente precedere

(1) Persil, art. 2169, n. 2. — Troplong, art. 2169, n. 795. — Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 233, tome XI.
(2) Art. 2178.

il giudizio di espropriazione (1). È poi indifferente che l'ordine al debitore di pagare e l'intimazione al terzo possessore di pagare il debito o dimettere il fondo sieno fatti contemporaneamente, o separatamente con atti distinti (2). Ciò che importa si è che quando sono fatti con atti separati e successivi, il giudizio di espropriazione non può cominciare a carico del terzo possessore se non dopo scorso il termine dei 30 giorni dall'ultimo dei detti atti, sia questo o l'ordine ingiunto al debitore, o l'intimazione fatta al terzo possessore (3).

1085. Trenta giorni dopo l'intimazione fatta al terzo possessore di pagare il debito già esigibile o di rilasciare il fondo, il creditore ipotecario secondo l'articolo 2169 può cominciare il giudizio di espropriazione a carico dello stesso terzo possessore. D'altra parte secondo l'articolo 2183 il terzo possessore che vuole garantirsi dalle conseguenze delle azioni ipotecarie può appigliarsi al rimedio del giudizio di purgazione dentro un mese al più tardi dalla prima fattagli intimazione. Ora, il terzo possessore dovrà essere posto in mora non solo a pagare il debito o dimettere il fondo, ma altresì a fare il giudizio di purgazione? Dovranno perciò o collo stesso atto o con due atti separati e distinti farsi due intimazioni al terzo possessore, l'una a pagare il debito o a rilasciare il fondo, l'altra a procedere al giudizio di purgazione? Le stesse parole degli articoli 2168 e 2183 rispondono a questo dubbio. Il terzo possessore è tenuto o a pagare i debiti ipotecari, o a rilasciare l'immobile. Sono queste le obbligazioni, a cui è stretto nella sua qualità di terzo possessore, e solo quando manca all'adempimento dell'una o dell'altra può essere sforzato a subire il giudizio di espropriazione. Deve dunque essere posto in mora, ossia diffidato, ad eseguire o l'una o l'altra delle due accennate obbligazioni, perchè il creditore possa avere il diritto di fare contro di lui il giudizio di espropriazione. Il giudizio di purgazione secondo la mente del legislatore non è uno degli obblighi, a cui è tenuto il terzo possessore, ma è una mera facoltà attribuitagli dallo stesso legislatore per sottrarsi alle obbligazioni che gl'impone la sua qualità di possessore, e alle conseguenze che ne

(1) Troplong, art. 2169, n. 790.

(2) Troplong, art. 2169, n. 791.

(3) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 240, tome XI. — Grenier, tome II, n. 341. — Persil, art. 2169, n. 13.

derivano. Perchè dovrebbe il terzo possessore essere messo in mora a far uso di una facoltà e di un diritto che non può mai vestire il carattere di obbligo? Non mi si dica che anche il rilascio è una facoltà accordata al terzo possessore, il quale con tal mezzo, onde può a sua posta far uso, si sottrae all'obbligo del pagamento e al pericolo della espropriazione. Imperocchè una tale facoltà si converte in un obbligo, quando il terzo possessore non voglia fare il pagamento del debito. La obbligazione del terzo possessore può perciò sotto questo aspetto collocarsi nella categoria di quelle obbligazioni alternative, nelle quali la scelta appartiene al debitore. La facoltà lasciata al terzo possessore è appunto questo diritto di scegliere tra il pagamento del debito e il rilascio del fondo. Ma questa facoltà non toglie che il debitore non sia obbligato o all' una o all'altra cosa (1). Al contrario il diritto di fare il giudizio di purgazione è una mera ed assoluta facoltà, che pel terzo possessore non può mai convertirsi in un obbligo, e della quale può egli far uso anche dopo di essere molestato coll'azione ipotecaria. Perciò il creditore rimane dispensato dalla necessità di mettere in mora il terzo possessore a fare il detto giudizio, e di ciò non lascia alcun dubbio la disposizione dell'articolo 2183, il quale dichiara che il tempo a fare le notificazioni prescritte collo stesso articolo decorre pel terzo possessore e si computa dalla prima fattagli intimazione. Quale è la prima intimazione, a cui accenna l'articolo 2183? L'intimazione di pagare il debito o di rilasciare il fondo, di cui parla l'articolo 2169, perchè questa intimazione è appunto il procedimento permesso dal capo sesto contro i terzi possessori. Se il termine del mese a fare il giudizio di purgazione decorre pel terzo possessore dalla intimazione a lui fatta di pagare il debito o dimettere il fondo, è chiaro che nessun obbligo può avere il creditore di diffidare il terzo possessore a fare il detto giudizio; che la semplice intimazione di pagare il debito o di rilasciare il fondo diffida a tal uopo tacitamente il terzo possessore; e che il diritto di fare il giudizio di purgazione rimane prescritto scorso il termine dei 30 giorni dalla detta intimazione, sebbene non sia stato il terzo possessore

(1) L. 16, § 3, D. *De pignoribus*. — N. 1065, pag. 86.

espressamente diffidato ad intraprendere il detto giudizio (1).

1086. Per schivare le conseguenze di qualunque azione ipotecaria, il terzo possessore ha la facoltà di fare il giudizio di purgazione. La quale non è limitata da alcun tempo finchè i creditori ipotecari non fanno uso dell'azione ipotecaria; ma l'esercizio di quest'azione costringe il terzo possessore ad usare del suo diritto entro il breve termine assegnatogli dall'articolo 2183, il quale dichiara appunto che il terzo possessore *è tenuto* di fare ai creditori inscritti le notificazioni prescritte collo stesso articolo dentro un mese al più tardi dalla prima fattagli intimazione. Scorso questo termine, il terzo possessore che non si curò di sottrarsi col giudizio di purgazione all' inferitagli molestia, paga la pena della sua inerzia e del suo letargo perdendo per sempre il diritto di liberare il fondo dalle ipoteche e privilegi sul medesimo gravitanti. E come la intimazione fatta da un solo creditore ipotecario obbliga il terzo possessore ad intraprendere entro il detto termine il giudizio di purgazione, che interessa alla massa di tutti i creditori ipotecari; così il terzo possessore che molestato con azione ipotecaria da un creditore decade per la sua inerzia dal diritto di fare il giudizio di purgazione, perde necessariamente un tale diritto sì in faccia al creditore che promosse l'azione ipotecaria, come a qualunque altro inscritto creditore. Quindi è che qualunque creditore ipotecario, diverso da quello che fece l'intimazione al terzo possessore di pagare il debito o dimettere il fondo, potrà procedere al giudizio di espropriazione a carico dello stesso terzo possessore, che lasciò trascorrere dalla fattagli intimazione il termine dei 30 giorni senza fare il giudizio di purgazione, e ciò quand'anche il creditore che intentò l'azione ipotecaria abbia abbandonato il giudizio ed ottenuto il pagamento del suo credito. Una volta che il terzo possessore ha perduto per sua colpa il diritto di fare il giudizio di purgazione, giudizio che tocca l'interesse della massa di tutti i creditori inscritti, un tale diritto non può più rivivere, e qualunque creditore inscritto non può non avere la facoltà di far vendere il fondo, ossia di fare il giudizio di espropriazione, a carico del terzo possessore decaduto dal benefizio di fare la purgazione. Questa facoltà competente a qualunque creditore inscritto di fare il giu-

(1) Persil, art. 2169, n. 11. — Troplong, art. 2169, n. 793 bis. — Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 239, tome XI.

dizio di espropriazione a carico del terzo possessore, che nel termine assegnatogli dai combinati articoli 2169 e 2183 non fece nè il rilascio del fondo, nè il giudizio di purgazione, chiaramente risulta dalle generali ed assolute espressioni del citato articolo 2169 — *qualunque creditore ipotecario ha diritto di far vendere a carico di quello l'immobile ipotecato* (1). — I creditori pertanto che hanno acquistato il diritto di fare il giudizio di espropriazione a carico del terzo possessore decaduto dal benefizio del giudizio di purgazione non possono aver bisogno di ripetere l'intimazione al terzo possessore di pagare il debito o dimettere il fondo voluta dall'articolo 2169, in quanto che i creditori inscritti hanno appunto acquistato il diritto di fare il giudizio di espropriazione, perchè il terzo possessore non fece uso delle facoltà accordategli dalla legge nel termine dei 30 giorni dalla intimazione fattagli dal creditore che intentò l'azione ipotecaria, e dovranno solo uniformarsi alle norme prescritte nel capo — ***Della spropriazione forzata*** — del Codice Civile, e nel titolo — ***Del pignoramento degli stabili*** — del Codice di Procedura (2).

E siccome l'articolo 2217 del Codice Civile prescrive che ad ogni dimanda per la spropriazione degli immobili deve precedere l'intimazione di pagare fatta da un usciere ad istanza del creditore alla persona del debitore o al suo domicilio; così tutti gl'Interpreti sono d'accordo che i creditori, i quali approfittando della decadenza incorsa dal terzo possessore del benefizio della purgazione intraprendono nell'interesse proprio il giudizio di espropriazione contro il terzo possessore, devono premettere l'intimazione prescritta dal citato articolo 2217 del Codice Civile e dall'articolo 673 del Codice di Procedura. Ma quale sarà il debitore a cui deve farsi una tale intimazione? Il Grenier (3) critica una sentenza di un Tribunale di prima istanza, il quale giudicò che i creditori nel detto caso devono far precedere alla dimanda per la spropriazione l'intimazione voluta dai citati articoli 2217 del Codice Civile e 673 del Codice di Procedura allo stesso terzo possessore, che prende il posto del debitore, e sostiene che la detta intimazione deve farsi al debitore originario, e non al terzo possessore, perchè quest'ultimo non può mai trasformarsi nel debi-

(1) Grenier, tome II, n. 342.
(2) Troplong, art. 2169, n. 795 bis.
(3) Tome II, n. 342.

tore principale. Io credo giusta la sentenza criticata dal Grenier. Il terzo possessore è per legge obbligato al pagamento dei debiti ipotecari, e per sottrarsi a questa responsabilità ha in pronto due rimedi legali, il rilascio e il giudizio di purgazione. Quando il terzo possessore non fa uso dei rimedi concessigli dal legislatore per liberarsi dall'obbligo di pagare i debiti ipotecari, rimane al pagamento obbligato non meno del debitore, e perciò la legge autorizza i creditori a procedere contro di lui all'odioso giudizio di espropriazione, giudizio che non potrebbe certamente aver luogo, se la legge non lo tenesse risponsabile del pagamento dei debiti ipotecari. Convengo che il terzo possessore non si trasforma nel debitore originario, ma senza bisogno di ricorrere a questa trasformazione, è però vero che al pagamento del debito ipotecario sono tenuti sì il debitore originario, come il terzo possessore che non fece nè il rilascio, nè il giudizio di purgazione. Perchè si faccia il giudizio di espropriazione a carico del terzo possessore non è necessario che questi vesta la qualità di debitore originario; è mestieri soltanto che abbia quella di debitore. E appunto perchè il terzo possessore, che non fece nè il rilascio, nè il giudizio di purgazione, ha tale qualità, i creditori possono fare contro di lui il giudizio di espropriazione. L'articolo 2169 distingue l'ordine al debitore originario dalla intimazione al terzo possessore, perchè prima della scadenza del termine dei 30 giorni dalla detta intimazione il terzo possessore non è definitivamente risponsabile come debitore del pagamento dei debiti ipotecari. Passato il detto termine, il terzo possessore resta irrevocabilmente debitore in faccia ai creditori ipotecari, i quali possono perciò fare contro di lui il giudizio di espropriazione, come lo potrebbero contro il debitore originario, se il fondo ipotecato si trovasse nelle mani di quest'ultimo. Ora l'articolo 2217 del Codice Civile e l'articolo 673 del Codice di Procedura non domandano che l'intimazione sia fatta al debitore originario, ma al debitore contro cui si vuol fare il giudizio di espropriazione. E siccome nel caso di cui ora si discorre, il debitore, contro il quale i creditori ipotecari intendono di procedere al giudizio di espropriazione, è lo stesso terzo possessore che la qualità irrevocabile di debitore ha acquistata dopo la scadenza del termine stabilito cogli articoli 2169 e 2183; così l'intimazione voluta dagli articoli 2217 del Codice Civile e 673 del Codice di Procedura dovrà

farsi allo stesso terzo possessore. Mi pare che il rigore dei principj conduca a questa conclusione contraria alla opinione del Grenier. O il giudizio di espropriazione a carico del terzo possessore si fa dallo stesso creditore che fece al terzo possessore l'intimazione di pagare il debito o dimettere il fondo voluta dall'articolo 2169; e in questo caso il creditore non è tenuto a ripetere l'intimazione prescritta dall'articolo 2217, perchè a questa disposizione fu già da lui adempito coll'ordine e colla intimazione eseguita in piena conformità dell'articolo 2169. O si fa da un altro creditore qualunque dopo la scadenza del termine assegnato al terzo possessore dagli articoli 2169 e 2183; e allora il creditore, che vuol fare il giudizio di espropriazione, per uniformarsi alle disposizioni dell'articolo 2217 del Codice Civile e 673 del Codice di Procedura, deve per la ragione già detta fare l'intimazione allo stesso terzo possessore divenuto irrevocabilmente debitore e risponsabile del pagamento dei debiti ipotecari.

1087. Perchè il creditore possa fare il giudizio di espropriazione a carico del terzo possessore dopo il termine fissato dall'articolo 2169 non è necessaria, come si disse, una sentenza di condanna contro il terzo possessore, riducendosi secondo le massime del Codice Napoleone l'esercizio dell'azione ipotecaria ad un puro giudizio di esecuzione. Ma sebbene non sia necessaria una sentenza di condanna, non potrà però il creditore procedere al giudizio di espropriazione a carico del terzo possessore, se il credito di lui non risulterà da un documento autentico ed esecutivo, e ciò perchè l'articolo 2213 chiaramente dispone che non può procedersi alla vendita forzata degli immobili che in virtù di un documento autentico ed esecutivo; e quando manchi al creditore ipotecario un tale documento, sarà allora indispensabile una sentenza di condanna conformemente alla disposizione dell'articolo 2215 del Codice Civile (1).

1088. Per Diritto Romano era nel pegno proibito il patto *commissorio*, pel quale era data facoltà al creditore di far sua la cosa data in pegno quando il debitore non pagasse il debito nel termine stabilito (2). La vendita del pegno doveva sempre farsi colle solennità prescritte dalla legge per l'interesse non meno del

(1) Duranton, tome XI, liv. 3, tit. 18, n. 240.
(2) L. ult. C. *De pactis pignorum*.

debitore che degli altri creditori (1), e tutti i Dottori insegnano non avere alcuna forza i patti, onde viene abilitato il creditore a prescindere nella vendita del pegno dalle solennità ordinarie (2). Attenendosi a queste massime i Compilatori del Codice Napoleone stabilirono nell'articolo 2078 essere nullo qualunque patto il quale autorizzi il creditore ad appropriarsi il pegno o a disporne senza le prescritte formalità. Questa regola dell'articolo 2078 non può non essere applicabile alle ipoteche, le quali tendono allo stesso scopo del pegno, cioè ad assicurare al creditore il pagamento del suo credito. A più forte ragione simili patti stipulati tra il debitore ed il creditore non avranno alcuna forza in faccia al terzo possessore, che non diede ai medesimi il suo assenso, e il creditore che intenta l'azione ipotecaria contro il terzo possessore non può in alcun caso scostarsi dalla via tracciata rigorosamente dal legislatore (3).

1089. Ma siccome l'articolo 2078 già citato riserva al creditore il diritto di far ordinare giudizialmente che il pegno rimarrà presso di sè in pagamento e fino alla concorrenza del debito, a norma della stima fatta per mezzo de' Periti, oppure che sarà venduto all'incanto, domandano gl'Interpreti, se una tale facoltà competerà egualmente al creditore avente su di un fondo un gius d'ipoteca? Se il creditore esercita la sua ipoteca contro un terzo possessore, è certissimo che non può far uso della detta facoltà, in quanto che l'articolo 2169 accorda semplicemente al creditore il diritto di far vendere l'immobile ipotecato a carico del terzo possessore quando questi tralasci di pagare il debito o di fare il rilascio del fondo. Ma altresì al creditore, che fa uso del suo diritto d'ipoteca contro il debitore, che conserva il possesso del fondo ipotecato, deve negarsi una tale facoltà, come quella che è inconciliabile coll'interesse degli altri creditori, i quali avendo ipoteca sullo stesso fondo hanno diritto al prezzo secondo il grado da assegnarsi a ciascuno nel giudizio d'or-

(1) « Facienda distractio pignorum solemniter, auctione publica, præmissa præscriptione in celeberrimis civitatis locis, maxime si immobilia sint. » (Voet, lib. 20, tit. 5, n. 5.)

(2) « Qualiscumque autem lege municipali aut usu inveterato inductus fuerit pignoris vendendi modus, is servandus est, nec ab eo privatis creditorum ac debitorum conventionibus recedi potest, aut ordo mutari. » (Voet, lib. 20, tit. 5, n. 6.)

(3) Troplong, art. 2169, n. 795 quat. — Persil, art. 2169, n. 15.

dine. Sebbene tanto il pegno quanto l'ipoteca sieno cause legittime di prelazione, e l'una e l'altro attribuiscano al creditore un gius *in re* sulla cosa, il vincolo però che stringe il creditore alla cosa datagli in pegno è più forte di quello che lega la cosa ipotecata al suo creditore, e ciò perchè nel pegno, e non nella ipoteca, è necessaria la tradizione della cosa. Egli è per questo che il creditore pignoratario è preferito con privilegio a qualunque altro creditore sul prezzo della cosa data in pegno, laddove nella ipoteca ha luogo un conflitto tra i diversi creditori aventi ipoteca sulla stessa cosa, e la prelazione tra loro si misura soltanto dalla data della inscrizione. Questa differenza tra il pegno e l'ipoteca spiega il perchè non può estendersi al creditore ipotecario l'accennata facoltà concessa dall'articolo 2078 al creditore pignoratario. Il creditore ipotecario, o muova l'azione contro il debitore, che conserva il possesso dell'immobile ipotecato, o contro un terzo possessore, non può avere altro diritto che quello di far vendere il fondo vincolato a sua garanzia colle solennità stabilite pei giudizi di espropriazione (1).

Articolo 2170.

Ciò non ostante il terzo possessore che non è obbligato personalmente per il debito, può opporsi alla vendita del fondo ipotecato di cui gli è stato dato il possesso, quando vi restino altri immobili ipotecati per il debito stesso, i quali siano posseduti dal principale o principali obbligati, e può domandare la precedente escussione, secondo le forme stabilite nel titolo *delle Fideiussioni:* durante tale escussione, si soprassiede dalla vendita del fondo ipotecato.

SOMMARIO.

1090. La legge accorda al terzo possessore molestato con azione ipotecaria la eccezione della escussione sotto due condizioni. La prima si è che non sia obbligato personalmente pel debito.

(1) Persil, art. 2169, n. 16.

1091. Il coerede, che ha pagato la propria quota del debito ereditario, citato con azione reale dal creditore ipotecario, può opporre anch' esso la eccezione della escussione.

1092. L' altra condizione voluta dalla legge perchè il terzo possessore possa opporre al creditore ipotecario la eccezione di escussione, si è che vi restino altri beni immobili ipotecati per lo stesso debito, i quali sieno posseduti *dal principale o principali obbligati*. Queste espressioni *dal principale o principali obbligati* si riferiscono tanto al debitore, quanto ai fideiussori.

1093. Il terzo possessore che intende valersi della eccezione di escussione deve uniformarsi alle disposizioni degli articoli 2021, 2022, 2023 che si trovano sotto il titolo *della fideiussione*. — Egli deve opporla entro il termine dei 30 giorni dalla intimazione fattagli di pagare il debito o di rilasciare il fondo, e il Giudice non può supplire d' uffizio al silenzio di lui.

1094. Il terzo possessore, che oppone la eccezione della escussione, deve indicare al creditore beni non litigiosi. Quali beni sono litigiosi secondo i principj del Diritto Romano e quelli del Codice Napoleone?

1095. Non è necessario che i beni da escutersi sieno liberi da altre ipoteche. Quando però le ipoteche anteriori a quella del creditore che intentò l' azione ipotecaria contro il terzo possessore assorbissero il valore dei beni da quest' ultimo indicati, l' eccezione della escussione non sarebbe ammissibile.

1096. Il terzo possessore, che oppone la eccezione della escussione, non deve indicare beni situati fuori del circondario del Tribunale d' Appello del luogo in cui deve farsi il pagamento. Confutazione dell' opinione contraria del Duranton, il quale pensa che quanto a questa condizione non sia applicabile al terzo possessore la disposizione dell' articolo 2023.

1097. Il creditore, contro cui fu opposta la eccezione della escussione, deve aversi per risponsabile in faccia al terzo possessore dei casi fortuiti sopraggiunti ai fondi indicati, di cui trascurò per negligenza la escussione.

1098. Il fondo del terzo possessore non può essere venduto durante la escussione dei beni del debitore, ma il creditore ha il diritto di procedere alla detta vendita a carico del terzo possessore, se il prezzo dei beni escussi non bastò al pagamento del credito.

1090. Si disse sotto il n. 1065 che Giustiniano colla Novella 4, cap. 2, obbligò il creditore ad intentare l' azione personale contro i debitori ed i fideiussori prima della reale ipotecaria contro il

terzo possessore, e che questa massima fu modificata dalla Novella **112**, cap. **1**, la quale dispensò il creditore dall'esperimentare l'azione personale contro il debitore ed i fideiussori prima dell'azione reale ipotecaria contro il terzo possessore, quando il fondo da quest'ultimo posseduto era colpito da una ipoteca speciale. Il Codice Napoleone ha accordato al terzo possessore molestato con azione ipotecaria la eccezione di escussione sì veramente che si verifichino le due seguenti condizioni. La prima si è, che il terzo possessore non sia personalmente obbligato al pagamento del debito. Molti possono essere i casi, in cui il terzo possessore è anche personalmente tenuto al pagamento dei debiti assicurati con ipoteca sul suo fondo, p. e., quando il venditore accollò al compratore il pagamento di un debito ipotecario in conto del prezzo. Aggiungendosi allora al vincolo della cosa la obbligazione della persona, è lasciata al creditore una piena ed assoluta libertà di esperimentare la sua azione contro il terzo possessore, senza che questi possa opporre la eccezione di escussione per costringere il creditore a rivolgere la sua azione contro il debitor principale. Qual giusto motivo infatti avrebbe il terzo possessore di pretendere che il creditore, il quale ha un incontrastabile diritto d'ipoteca sul fondo, sospenda l'esercizio dell'azione ipotecaria, e cerchi modo di essere pagato col prezzo dei beni del debitore, quando egli stesso veste la qualità di debitore ed è personalmente obbligato al pagamento del debito?

1091. Si fa la questione dagli Interpreti, se il coerede, che ha pagata la quota del debito ereditario a cui era tenuto, possa opporre l'eccezione di escussione contro il creditore che coll'azione ipotecaria gli chiede il pagamento dell'intero debito. A dir vero non so come possa proporsi un simile dubbio. Il coerede, a cui sono toccati nelle divisioni uno o più fondi ipotecati a garanzia di un debito del defunto, non è personalmente tenuto che per la sua quota, e pel resto è obbligato ipotecariamente come terzo possessore (1). Se il coerede è tenuto al pagamento del debito ereditario oltre la propria quota solo in quanto è possessore dei beni ipotecati, se oltre la detta quota che sta a suo carico non ha verso il creditore alcuna obbligazione personale, potrà senza alcuna ombra di dubbio fare il rilascio del fondo, perchè il rilascio del fondo per soddisfare al-

(1) L. 2, C. *Si unus ex plur. heredibus.*

l' ipoteca può eseguirsi da qualunque terzo possessore, il quale non sia obbligato personalmente pel debito (1). E se può fare il rilascio, potrà altresì opporre la eccezione di escussione, perchè qualunque terzo possessore non obbligato personalmente pel debito può valersi di una tale eccezione (2).

1092. L' altra condizione voluta dalla legge perchè il terzo possessore possa opporre al creditore ipotecario la eccezione di escussione si è che vi restino altri immobili ipotecati per lo stesso debito, i quali sieno posseduti dal principale o principali obbligati. Tutti i beni del debitore sono la garanzia comune de' suoi creditori, ma il prezzo si divide tra essi per contributo. Sarebbe veramente cosa dura ed ingiusta che il creditore, che ha a sua garanzia un fondo vincolato ad ipoteca, dovesse sospendere per comodo di un terzo possessore l' esercizio della sua azione ipotecaria, che gli assicura con prelazione agli altri creditori il pagamento del suo credito, e domandare la vendita dei beni del debitore, sui quali non ha alcun diritto d' ipoteca, per essere confuso nella folla dei creditori chirografari. I riguardi dovuti al terzo possessore, che acquistò un fondo gravato a favore di un credito altrui, hanno a conciliarsi coi diritti del creditore ipotecario, il quale non deve essere posto suo malgrado nella condizione dei creditori chirografari, che dimandano la distribuzione per contributo del prezzo dei beni del comun debitore. Saviamente pertanto il legislatore limita il diritto del terzo possessore di opporsi alla vendita del fondo vincolato a garanzia del creditore che intenta l' azione ipotecaria, al solo caso in cui vi restino altri immobili ipotecati per lo stesso debito (3). E quand' anche i beni indicati dal terzo possessore fossero affatto liberi da qualunque vincolo ipotecario, e vi fosse perciò la certezza che il loro prezzo bastar potesse alla soddisfazione del creditore che promosse l' azione ipotecaria, ciò non ostante l' eccezione della escussione non sarebbe ammissibile, perchè una tale eccezione fu dal legislatore chiaramente subordinata alla condizione che i beni del debitore, ai quali il creditore deve rivolgersi, sieno per lo stesso

(1) Art. 2172.

(2) Troplong, art. 2170, n. 798. — Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 244, tome XI.

(3) Persil, art. 2170, n. 5 e 6. — Troplong, art. 2170, n. 800.

credito ipotecati. D'altra parte la libertà dei fondi da oneri ipotecari non potrebbe impedire il concorso dei creditori chirografari e la distribuzione tra essi del relativo prezzo per contributo (1). Ma non basta che vi sieno altri beni immobili ipotecati per lo stesso credito. Potrebbe darsi che questi beni ipotecati fossero in mano non del debitore, ma di un altro possessore. In questo caso non potrebbe il terzo possessore molestato coll'azione ipotecaria mettere in campo la eccezione dell'escussione, ed opporsi alla vendita del fondo da lui posseduto. Imperocchè un eguale diritto dovrebbe allora per la stessa ragione accordarsi all'altro terzo possessore, e così si farebbe luogo ad un circolo vizioso. Perchè il terzo possessore possa opporre l'eccezione dell'escussione, è mestieri che gli altri beni ipotecati per lo stesso credito, dei quali il creditore deve chiedere la vendita, sieno in potere del *principale o principali obbligati*, come dichiara l'articolo 2170. Le quali espressioni *del principale o principali obbligati* fanno nascere il dubbio, se il terzo possessore potrà opporre la eccezione di escussione, se gli altri beni ipotecati pel credito saranno posseduti da un fideiussore, oppure nel caso solo in cui i beni gravati sieno in potere del debitore principale? È fuori di dubbio che secondo il rigore dei termini legali le espressioni — *debitor principale* — non si riferiscono al fideiussore (2), la cui obbligazione è puramente accessoria (3). Ma è certo del pari che il fideiussore è egualmente che il debitor principale obbligato personalmente al pagamento del debito, e fa le veci del medesimo (4). Tanto la fideiussione quanto la ipoteca sono obbligazioni accessorie, che stanno a garanzia dell'altrui debito. Ma siccome la fideiussione è una obbligazione di una persona, mentre la ipoteca è un vincolo di una cosa; così il fideiussore rispetto all'ipoteca ha il carattere di debitore. Anche l'Autentica *Hoc si debitor* vietava al creditore di molestare coll'azione ipotecaria il

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 246, tome XI.

(2) L. 5, L. 14, L. 36, L. 50, L. 57, L. 58, § 1, L. 65, L. 71, pr. D. *De fidejussoribus.* — L. 3, L. 19, L. 20, L. 24, L. 25, L. 26, L. 28, C. *De fidejussoribus.*

(3) L. 1, D. *De fidejussoribus.*

(4) « Fidejussor et ipse obligatur, et heredem obligatum relinquit, cum rei locum obtineat. » (L. 4, § 1, D. *De fidejussoribus.*)

terzo possessore, se prima non aveva esperimentate le sue azioni tanto contro il debitore quanto contro il fideiussore (1). Dalla quale si raccoglie la prova che in faccia al terzo possessore la legge non fa differenza tra il debitor principale e il fideiussore, l'uno e l'altro personalmente tenuti al pagamento del debito. Il benefizio dell'escussione è accordato dal Codice Napoleone al terzo possessore non obbligato personalmente pel debito. Quindi le parole — *i quali sieno posseduti dal principale o principali obbligati* — si riferiscono evidentemente tanto al debitore quanto ai fideiussori, come quelli i quali, a differenza del terzo possessore, sono stretti dalla obbligazione personale, e tenuti in forza di questa al pagamento del debito con tutti i loro beni mobili ed immobili. Il terzo possessore perciò potrà opporre la eccezione dell'escussione, se vi restino altri beni ipotecati per lo stesso debito in mano del debitore, o del fideiussore, perchè tanto il debitore quanto il fideiussore, egualmente vincolati dalla obbligazione personale, vestono rispetto al terzo possessore non obbligato personalmente il carattere di debitori principali (2).

1093. L'ipoteca ha grande affinità colla fideiussione, in quanto l'una e l'altra stanno a garanzia dell'altrui obbligazione, e perciò molte regole proprie della fideiussione si applicano alla ipoteca. Giustiniano colla Novella 4, cap. 1, accordò ai fideiussori il benefizio d'*ordine* o di *escussione*, il quale aveva per iscopo di obbligare il creditore ad esperimentare le sue azioni contro il debitor principale prima di recar molestie ai fideiussori. Un tale benefizio fu detto d'*ordine* o di *escussione*: d'*ordine*, perchè obbligava il creditore a molestare il debitore prima dei fideiussori: di *escussione*, perchè il creditore doveva tentare la vendita dei beni del debitore per essere pagato col prezzo di questi, piuttosto che con quello dei beni dei fideiussori (3). E il detto benefizio non era che una eccezione dilatoria, che doveva essere opposta prima della contestazione della lite (4), e solo allora giovar poteva al

(1) « Alio vero possidente inhibetur hypothecaria, donec personaliter actum sit cum reo et intercessore. » (Auth. *Hoc si debitor*, L. 24, C. *De pignoribus*.)

(2) Troplong, art. 2170, n. 800 bis. — Zachariæ, tome I, p. 2, l. 1, § 287.

(3) Vinnii Comment. Instit. lib. 3, tit. 21, § 4, n. 3.

(4) Voet, lib. 46, tit. 1, n. 15.

fideiussore quando il debitore era presente, ossia si trovava nel luogo ove il creditore aveva intentato il giudizio, e lo stesso fideiussore non aveva rinunziato al detto benefizio (1). Attenendosi a questi principj anche il Codice Napoleone prescrive (2) che il fideiussore non è tenuto a pagare il creditore che in mancanza del debitore principale, il quale deve preventivamente essere escusso sopra i suoi beni a meno che il fideiussore non abbia rinunciato al beneficio dell' escussione, o siasi obbligato solidariamente col debitore; che il creditore (3) non è tenuto ad escutere il debitore principale, che quando il fideiussore ne faccia istanza ne' primi atti della causa contro di lui promossa; che il fideiussore (4), il quale fa istanza per l' escussione, deve indicare al creditore i beni del debitore principale, ed anticipare le spese occorrenti per l'escussione; e che non deve indicare beni del debitore principale situati fuori del circondario del Tribunale d' Appello del luogo in cui deve farsi il pagamento, nè beni litigiosi, nè beni già ipotecati per cautela del debito i quali non siano più in potere del debitore. A queste massime dovrà altresì uniformarsi il terzo possessore che oppone al creditore ipotecario la eccezione della escussione, imperocchè l' articolo 2170 apertamente dichiara che il terzo possessore molestato coll' azione ipotecaria può dimandare la precedente escussione dei beni immobili del debitore ipotecati per lo stesso debito secondo le forme stabilite nel titolo *delle Fideiussioni* (5). L' eccezione della escussione è puramente dilatoria, come quella che fa solamente sospendere la vendita del fondo del terzo possessore sino a che sieno stati venduti gli altri beni ipotecati per lo stesso credito e posseduti dal debitore o dal fideiussore, e perciò deve essere opposta dal terzo possessore nei primi atti della causa promossa contro di lui (6). Ora l' articolo 2169 dà diritto al creditore di far vendere il fondo ipotecato a carico del terzo possessore 30 giorni dopo l' intimazione a lui fatta di pa-

(1) Matthiæ Stephani Comment. in Nov., Nov. 4, n. 22.
(2) Art. 2021.
(3) Art. 2022.
(4) Art. 2023.
(5) Persil, art. 2170, n. 30.
(6) Troplong, art. 2170, n. 801. — Persil, art. 2170, n. 8.

gare il debito o di rilasciare il fondo. Se il creditore non ha diritto prima di questo termine di fare a carico del terzo possessore il giudizio di espropriazione, se dopo soltanto scaduto il mese dalla detta intimazione acquista il diritto di procedere alla espropriazione, ossia alla vendita forzosa del fondo, ne segue che il terzo possessore potrà durante l'accennato termine opporre l'eccezione dell'escussione, e che questa non potrà più essere messa in campo dopo la scadenza del mese dalla indicata intimazione (1). Siccome poi il creditore non è tenuto ad escutere i beni del debitor principale se non quando il terzo possessore ne faccia istanza, il quale deve anzi indicare al creditore i beni da escutersi ed anticipare le spese occorrenti per la escussione; così la escussione dei beni del debitore non potrà mai essere ordinata d'uffizio dal Giudice, il quale non può coll'autorità propria supplire al silenzio delle parti, quando trattasi di eccezioni che per volontà del legislatore devono essere esplicitamente opposte da chi vi ha interesse (2).

1094. L'articolo 2170 dispone semplicemente che il terzo possessore può opporre la eccezione della escussione quando vi restino altri immobili ipotecati per lo stesso debito, i quali sieno posseduti dal principale o principali obbligati. Ma l'articolo 2023 applicabile per la ragione già detta al terzo possessore vuole ancora che i beni da escutersi non sieno *litigiosi*. L'Autentica *De litigiosis* (3) dà delle cose litigiose la seguente definizione: « Litigiosa res est, de cujus dominio causa movetur inter possessorem et petitorem, judiciaria conventione, vel precibus Principi oblatis, et Judici insinuatis, et per eum futuro reo cognitis. » Dalla quale si raccoglie che la semplice citazione, quando trattasi dell'azione reale di dominio, rende la cosa litigiosa anche prima della contestazione della lite. Dico — quando trattasi dell'azione reale di dominio, — perchè un'azione reale avente per oggetto non il gius di dominio, ma un diritto reale qualunque costituito sulla cosa altrui, non dà alla cosa il carattere di litigiosa, sebbene sia litigioso il diritto che è lo scopo dell'azione intentata (4). Al con-

(1) Persil, art. 2170, n. 9.
(2) Troplong, art. 2170, n. 801.
(3) L. 1, C. *De litigiosis*.
(4) « Et debet lis esse de dominio, non alio jure reali, puta pigno-

trario quando è il caso di un' azione personale, la cosa che ne è l' oggetto non diviene litigiosa se non dopo la contestazione della lite, come si deduce dalla L. 2, C. *De litigiosis*, a cui non portò alcuna modificazione la citata Autentica *De litigiosis*, che contempla la sola azione reale di dominio (1). Non ripetendo il Codice Napoleone l' accennata distinzione che si fa nel Diritto Romano tra le azioni reali e le personali, è a tenersi che i beni *litigiosi*, a cui accenna l' articolo 2023, applicabile, come si disse, al terzo possessore, sono quelli, sui quali pende una lite già contestata, perchè la parola *litigiosi* deriva appunto da *lis*, lite, la quale nasce dalla dimanda dell' attore e dalla contestazione del reo convenuto (2).

1095. Nè l' articolo 2170, nè l' altro 2023 richiedono che i beni da escutersi preventivamente sieno liberi da altre ipoteche. Perciò la eccezione della escussione sarà ammissibile, sebbene i fondi indicati dal terzo possessore sieno gravati da altre ipoteche comecchè anteriori a quella del creditore che intentò l' azione ipotecaria. Quando però le ipoteche anteriori inscritte sui fondi indicati dal terzo possessore fossero tali o tante da assorbire l' intero valore degli stessi fondi senza lasciare speranza di utile grado pel creditore, contro cui fu opposta la eccezione dell' escussione, in questo caso il terzo possessore non potrebbe opporsi alla vendita del fondo da lui posseduto, ripugnando alla equità ed alla giustizia che il creditore sia tenuto ad escuter beni, che in grazia dei pesi sui medesimi gravitanti sono notoriamente incapaci a renderlo soddisfatto (3). Se la eccezione della escussione non è ammissibile, quando i beni posseduti dal debitore non sono ipo-

ris, servitutis, ubi quidem jus illud litigiosum fit, sed res non item. » (Brunnemannus ad L. 1, C. lib. 8, tit. 37, Auth. *Litigiosa*, n. 1.)

(1) « Lex secunda de actionibus generaliter loqui videtur, sed quia Auth. præc. de realibus loquitur, hæc intelligenda de actionibus personalibus, quæ aliter litigiosæ non fiunt, quam lite in judicium deducta, id est, lite contestata, non sola citatione emissa. » (Brunnemannus ad L. 2, C. lib. 8, tit. 37, n. 1.) — Stephani Comment. in Nov., Nov. 112, n. 4. — Voet, lib. 44, tit. 6, n. 1.

(2) « Non quælibet controversia est lis, non jurgium quodlibet; sed ea res tantum, quæ ab utraque parte in judicium deducta et contestata est. Ante litis contestationem igitur non dicitur res litigiosa, etiam si in disceptationem venerit. » (Stephani Comment. in Nov., Nov. 112, n. 4.)

(3) Troplong, art. 2170, n. 802.

tecati a garanzia del creditore, per la ragione appunto che questi non può avere allora la sicurezza di essere soddisfatto col loro prezzo, che deve essere distribuito per contributo tra tutti i creditori chirografari, dedotta la quota riservata con prelazione ai creditori ipotecari, per la stessa ragione la detta eccezione dovrà rigettarsi quando le ipoteche anteriori inscritte sui beni indicati dal terzo possessore ne assorbono il valore e non lasciano una ragionevole speranza di pagamento al creditore che intentò l'azione ipotecaria contro il terzo possessore (1). Anche gl' Interpreti del Diritto Romano sono concordi nel negare al fideiussore la eccezione della escussione, quando il debitor principale è notoriamente insolvibile (2).

1096. Giusta l'articolo 2023 il fideiussore non deve indicare beni situati fuori del circondario del Tribunale d'Appello del luogo in cui deve farsi il pagamento, nè beni litigiosi. Il Duranton, appoggiandosi alla disposizione dell'articolo 2170, per la quale il terzo possessore può domandare la precedente escussione *secondo le forme stabilite nel titolo delle Fideiussioni*, ammette che il terzo possessore non può indicare per l'escussione beni litigiosi (3); ma crede che la parte del detto articolo 2023, che vieta al terzo possessore di indicare beni situati fuori del circondario del Tribunale d'Appello del luogo in cui deve farsi il pagamento, non sia applicabile al terzo possessore (4). Io non posso soscrivermi alla opinione del Duranton. L'articolo 2170 dichiara in termini generali che il terzo possessore può domandare la precedente escussione, secondo le forme stabilite nel titolo *delle Fideiussioni*. Queste forme, a cui accenna il citato articolo, altro non sono che le condizioni determinate nell'articolo 2023, e ciò

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 246.

(2) « Quod si debitor notorie non sit solvendo, excussio non est necessaria. » (Vinnii Comment. Instit. lib. 3, tit. 21, § 4, n. 3.) — Voet, lib. 46, tit. 1, n. 17.

(3) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 246, tome XI.

(4) « Mais nous ne dirions toutefois pas la même chose quant aux immeubles hypothéqués à la même dette que posséderait le débiteur hors de l'arrondissement de la Cour où le payement doit être fait, et dont le prix ne devrait pas être absorbé par d'autres créanciers antérieurs en ordre d'hypothèque. Selon nous, le tiers détenteur poursuivi hypothécairement pourrait indiquer ces biens, quoique, d'après l'art. 2023 précité, il ne le pût pas s'il était une caution. » (Duranton, loc. cit.)

confessa lo stesso Duranton (1). Se egli conviene che il terzo possessore è tenuto ad anticipare le spese occorrenti per l'escussione, e che non deve indicare beni litigiosi appunto perchè queste condizioni sono prescritte nel titolo *della Fideiussione*, a cui si riporta l'articolo 2170 (2), deve ammettere altresì che il terzo possessore non deve indicare beni situati fuori del circondario del Tribunale d'Appello del luogo in cui deve farsi il pagamento, perchè anche questa è una delle condizioni stabilite nel più volte citato articolo 2023. Non può assolutamente farsi per questa condizione una differenza tra il fideiussore e il terzo possessore, in quanto che le condizioni, a cui debbe uniformarsi il primo che invoca il benefizio dell'escussione, sono senza eccezione alcuna e in termini assoluti rese dall'articolo 2170 comuni al terzo possessore.

1097. Secondo l'articolo 2024, qualora il fideiussore abbia fatta l'indicazione dei beni in conformità dell'articolo 2023, ed abbia somministrate le spese occorrenti per l'escussione, il creditore è responsabile verso il fideiussore fino alla concorrenza dei beni indicati per l'insolvibilità del debitore principale sopraggiunta a causa d'aver egli differito di procedere giudizialmente. Questa disposizione non può applicarsi alla lettera al creditore, contro il quale il terzo possessore oppose la eccezione della escussione, perchè questi deve indicar beni ipotecati pel medesimo credito a garanzia dello stesso creditore. Ma argomentando dallo spirito della detta disposizione si può ritenere che anche il creditore dovrà aversi per risponsabile in faccia al terzo possessore dei casi fortuiti sopraggiunti ai fondi indicati, di cui trascurò per negligenza la escussione (3).

1098. Le eccezioni dilatorie o temporarie non respingono

(1) « Et puisque notre art. 2170 porte que la discussion sera requise *suivant la forme réglée au titre du Cautionnement*, il nous paraît qu'on a voulu dire par là qu'elle le serait *avec les conditions réglées au titre du Cautionnement*, du moins avec les principales. » (Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 246, tome XI.)

(2) « Le détenteur doit-il faire l'avance des frais de la discussion, ainsi qu'une caution doit le faire? S'il n'en était ainsi, ces expressions de l'art. 2170, *selon la forme réglée au titre du Cautionnement*, ne signifieraient pas grand' chose assurément. » (Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 247, tome XI.)

(3) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 248.

perentoriamente l'azione dell'attore, ma ne differiscono semplicemente l'esercizio (1). Al numero di queste eccezioni appartiene quella *d' ordine* o *di escussione* (2). Quindi è che dopo la fatta escussione dei beni del debitore, il creditore che non potè venir soddisfatto ha diritto di esercitare nuovamente la sua azione contro il fideiussore (3). Per la stessa ragione, se la eccezione della escussione viene opposta dal terzo possessore, il fondo di lui non può essere venduto durante una tale escussione, ma il creditore ha l'incontrastabile diritto di procedere alla detta vendita a carico del terzo possessore, se il prezzo dei beni escussi non bastò al pagamento del credito ipotecario.

Articolo 2171.

L' eccezione dell' escussione non può essere opposta al creditore privilegiato o avente ipoteca speciale sopra l' immobile.

SOMMARIO.

1099. Per Diritto Romano la eccezione della escussione non poteva opporsi dal terzo possessore, secondo l' opinione dei migliori Interpreti, al creditore avente una ipoteca speciale. La stessa massima è stata dal Codice Napoleone adottata in favore dei privilegi e delle ipoteche speciali. La eccezione della escussione può solo opporsi al creditore che ha una ipoteca legale o giudiziale. Ma non può opporsi a quello che ha una ipoteca convenzionale costituita sui beni futuri nel modo stabilito dall'art. 2130.

1100. Al terzo possessore non compete il benefizio di *divisione*. Neppure a lui compete il benefizio *cedendarum actionum*, che gli accordava il Diritto Romano. Quali sono gli effetti del subingresso

(1) « Dilatoria est exceptio, quæ differt actionem. » (L. 2, § 4, D. *De exceptionibus.*)

(2) Voet, lib. 46, tit. 1, n. 15.

(3) Nov. 4, cap. 1.

legale che la legge accorda al terzo possessore che paga il credito ipotecario?

1101. Al terzo possessore compete l'eccezione di *garanzia* contro l'azione ipotecaria intentatagli dal creditore, se questi è personalmente verso di lui obbligato per l'evizione del fondo.

1099. La più parte degli Interpreti del Diritto Romano opinano che la eccezione della escussione non può essere opposta dal terzo possessore al creditore ipotecario che ha una ipoteca speciale, e pensano che la Novella 112, cap. 1, la quale accorda in termini assoluti il diritto di rivendicazione al creditore avente una ipoteca speciale su di un fondo stato alienato dal debitore, porti una modificazione alla Novella 4, cap. 2, e che perciò il benefizio della escussione deve accordarsi al solo terzo possessore molestato da un creditore che ha una ipoteca generale (1). Il Codice Napoleone ha adottato la stessa massima in favore dei privilegi che sono di un ordine superiore a quello delle semplici ipoteche, e più di queste meritevoli di ogni maniera di protezione, ed in favore delle ipoteche speciali. E siccome le ipoteche convenzionali sono necessariamente speciali, quand'anche il debitore ipotechi tutti i suoi beni presenti, ciascuno dei quali in questo caso deve essere nominatamente sottoposto all'ipoteca (2); così il benefizio della escussione accordato dall'articolo 2170 al terzo possessore non può mai essere invocato contro un creditore che abbia in favor suo una ipoteca convenzionale. E neppure potrà opporsi al creditore, la cui ipoteca convenzionale fu estesa

(1) « Non tamen huic juris novi dispositioni et ordinis beneficio locus videtur relinquendus . . . . . . si res *specialiter* pignori obligata a tertio possideatur; non enim improbabilis est eorum opinio, qui putant, Nov. 4, cap. 2, quamdam adhuc ab ipso Justiniano emendationem passam esse per Nov. 112, cap 1, versu *ut si quidem speciales*, dum ibi constituit, posse quidem debitorem vendere res mobiles aut immobiles *nominatim* hypothecæ suppositas, sed si creditori ex pretio pignoris per debitorem divenditi satisfactum non fuerit, licentiam ei competere vindicandi rem venditam sibi hypothecæ suppositam, donec ei satis pro debito fiat. Cui consequens est, in sola generali hypotheca remansisse Jure Novissimo necessitatem excutiendi debitorem ante tertios rei generaliter obligatæ possessores. » (Voet, lib. 20, tit. 4, n. 3.) — Brunnemannus ad L. 24, C. lib. 8, tit. 15, in Auth. *Hoc si debitor.*

(2) Art. 2129.

ai beni futuri nel caso d'insufficienza dei beni presenti, conformemente alla disposizione dell'articolo 2130, perchè anche in questo caso i beni futuri restano ipotecati a misura degli acquisti, e così l'ipoteca conserva sempre il carattere d'ipoteca speciale (1). Quindi è che l'eccezione della escussione può giovare al terzo possessore in faccia soltanto ai creditori che hanno una ipoteca legale o giudiziale, di sua natura generale (2). È perciò da rigettarsi come erronea la opinione del Grenier, il quale insegna che il benefizio della escussione può essere opposto non solo al creditore che ha una ipoteca legale o giudiziale, ma altresì al creditore, la cui ipoteca convenzionale fu stipulata sui beni presenti e futuri nel modo stabilito dall'articolo 2130 (3). Non dubito di chiamare erronea questa opinione, e per confutarla non ho bisogno di sottili ragionamenti, ma mi gioverò della sola autorità dello stesso Grenier, il quale parlando della differenza nel modo della inscrizione tra le ipoteche giudiziali o legali e la ipoteca convenzionale costituita sui beni futuri nel modo indicato dal citato articolo 2130, insegna che la ipoteca convenzionale sui beni futuri diviene speciale mediante la inscrizione, la quale può solo accendersi a misura dei singoli acquisti fatti dal debitore (4).

1100. Al fideiussore compete contro il creditore non solo il benefizio d'ordine e di escussione, ma altresì quello di *divisione*. Quando vi sieno più fideiussori obbligati per lo stesso debito, sebbene sia ciascuno rigorosamente tenuto per l'intero, ciò non pertanto se uno di essi viene molestato dal creditore, può giovarsi del benefizio di *divisione* accordato dall'impera-

(1) Troplong, art. 2171, n. 808.
(2) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 250, tome XI. — Persil, art. 2170, 2171, n. 4.
(3) Grenier, tome II, n. 326.
(4) « La stipulation de l'hypothèque des biens que le débiteur pourrait acquérir dans la suite, est une dépendance de l'hypothèque conventionnelle, et, par conséquent, spéciale; elle a donc dû être soumise aux mêmes règles que l'hypothèque spéciale, au moins en ce qui concerne l'inscription . . . . . . Cette différence est une preuve incontestable que l'hypothèque judiciaire a un caractère de généralité que n'a pas la stipulation d'hypothèque sur les biens à venir, particulièrement tolérée dans l'art. 2130. » (Grenier, tome 1, n. 193.) — V. N. 1045, pag. 44.

tore Adriano (1) e confermato dal Codice Napoleone (2), e pretendere che il creditore divida la sua azione e la riduca entro i limiti della quota di ciascuno. Sebbene il benefizio d'ordine sia comune ai fideiussori e ai terzi possessori, tutti gl' Interpreti sono concordi nell' insegnare che il benefizio di *divisione* non può competere ai diversi possessori dei beni vincolati a garanzia dello stesso credito, perchè la divisione dell' azione ipotecaria spettante al creditore contro ciascuno dei fondi obbligati ripugna al carattere della indivisibilità proprio dell' ipoteca (3).

Ai fideiussori accordava il Diritto Romano un altro benefizio, quello cioè *cedendarum actionum*. Col quale il fideiussore che pagava per intero il credito poteva costringere il creditore all'atto del pagamento a cedergli le sue ragioni contro gli altri confideiussori ed anche contro i possessori dei beni ipotecati a garanzia dello stesso credito (4). Lo stesso benefizio competeva per Diritto Romano al terzo possessore che offriva il pagamento al creditore che lo aveva molestato coll'azione ipotecaria. Ma di questo benefizio *cedendarum actionum* non ha bisogno il terzo possessore secondo i principj del Codice Napoleone, perchè la surroga nelle ragioni del creditore dimesso ha luogo *ipso jure*, come altre volte si è detto, a favore del terzo possessore (5). Del resto il subingresso nelle ragioni del creditore, che in forza del pagamento ha luogo *ipso jure* per ministero di legge, giova al possessore per ottenere dagli altri possessori gravati dalla stessa ipoteca il rimborso della somma pagata, meno però la quota proporzionata al valore del proprio fondo (6). Perciò il creditore

(1) Instit., lib. 3, tit. 21, § 4.

(2) Art. 2025, 2026.

(3) « Cæterum, ut creditor hypothecariam actionem sibi competentem dividat, et plures pro parte conveniat, neque Jure Romano, neque nostris moribus invitus compelli potest, cum individua censeatur esse pignoris causa. » (Voet, lib. 20, tit. 4, n. 4.)

(4) « Potest fidejussor conventus desiderare, ut a creditore sibi cedantur actiones adversus confidejussores et possessores pignorum. » (Vinnii Instit. lib. 3, tit. 21, § 4, n. 8.)

(5) N. 1078.. — Troplong, art. 2170, n. 807. — Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 234, tome XI.

(6) « Illud minus ambiguum est, eum, qui solidum solvit, non solidum a celeris aliorum pignorum possessoribus recuperaturum, sed tantum

che agisce coll' azione ipotecaria contro un terzo possessore, se possederà anch'esso alcuno dei fondi ipotecati pel suo credito, in questo caso non potrà domandare al possessore citato al pagamento l'intera somma del credito, ma dovrà da questa dedurre la quota che corrisponde al valore del fondo proprio. Imperocchè altrimenti il terzo possessore, contro il quale fu diretta l'azione ipotecaria, pagando l'intero, e subentrando in forza del pagamento nelle ragioni del dimesso creditore, avrebbe diritto di molestare lo stesso creditore per ottenere la quota di rimborso corrispondente al valore del fondo da lui medesimo posseduto (1).

1101. Può darsi che il creditore che intenta l'azione ipotecaria sia tenuto per l'evizione del fondo del terzo possessore, come, p. e., se fosse divenuto erede del venditore. In questo caso il terzo possessore può respingere l'azione mossagli coll'eccezione *di garanzia*, invocando il principio di romana giurisprudenza — « Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio » (2). Questa eccezione è di grandissimo momento e più profittevole assai al terzo possessore che quella di escussione. Imperocchè quest'ultima, come si disse, è dilatoria e temporaria; laddove la prima è perpetua e perentoria, e tende a respingere per sempre l'azione del creditore (3).

pro rata, ut ita paris sit conditionis cum aliis, qui itidem ex eo solo, quod pignorum possessores sunt, conveniri possunt. » (Voet, lib. 20, tit 4, n. 6.)

(1) Troplong, art. 2171, n. 807.

(2) Zachariæ, tome 1, § 287. — Troplong, art. 2170, n. 806.

(3) Persil, art. 2170, 2171, n. 11.

Articolo 2172.

Il rilascio del fondo per soddisfare all' ipoteca, può eseguirsi da qualunque terzo possessore, il quale non sia obbligato personalmente per il debito, e che abbia la capacità di alienare.

SOMMARIO.

1102. Perchè il terzo possessore possa fare il rilascio del fondo, ricercasi per prima condizione che egli non sia personalmente obbligato pel debito ipotecario.

1103. Il compratore, che in conto di prezzo si accollò il pagamento dei debiti ipotecari, non può mai fare il rilascio del fondo, quand' anche l' accollazione non sia stata accettata dai creditori.

1104. L' erede non può fare il rilascio dei beni ipotecati a garanzia dei creditori ereditari. Ma il coerede che ha pagato la propria quota del debito ereditario può fare il rilascio del fondo ipotecato per liberarsi dall' obbligo di pagare l' intero. Il rilascio può farsi dal legatario.

1105. Il rilascio non può farsi dal compratore che si obbligò col contratto di vendita di fare il giudizio di purgazione. Può farsi dall' acquirente, quando le ipoteche inscritte non superano la quota di prezzo di cui il venditore è in credito?

1106. Il terzo possessore non può mai in nessun caso fare il rilascio del fondo prima di essere molestato dai creditori ipotecari.

1107. Il terzo possessore, per poter fare il rilascio, deve avere la capacità di alienare. Il rilascio non può farsi dal curatore di una eredità giacente, nè dall' erede benefiziato.

1108. Nè il fallito, nè il debitore che ha fatta la cessione dei beni, nè i sindaci del fallimento possono fare il rilascio. Neppure possono farlo quelli che si fecero immettere nel provvisionale possesso dei beni di un assente.

1109. I minori ed interdetti non possono fare il rilascio. Possono farlo i loro tutori? Può farlo il minore emancipato? Il rilascio può farsi da una donna maritata?

1110. Da chi può essere opposta la nullità del rilascio?

1111. Non è necessario che il terzo possessore abbia pagato il prezzo per poter fare il rilascio del fondo, pel quale è molestato con azione ipotecaria.

1102. Il terzo possessore che non adempie alle formalità del giudizio di purgazione è tenuto o a pagare tutti gl' interessi e capitali esigibili, qualunque sia la somma cui possano ammontare, o a rilasciare l'immobile ipotecato. Questo rilascio, di cui fu dato più sopra un cenno, è un rimedio legale, onde il terzo possessore può far uso per sottrarsi al pagamento dei debiti ipotecari, e schivare l' onta e il danno del giudizio di espropriazione (1). Due condizioni devono verificarsi però, perchè il terzo possessore possa fare il rilascio del fondo ipotecato: l' una, che non sia obbligato personalmente al pagamento del debito; l' altra, che abbia la capacità di alienare. Quanto alla prima condizione, il terzo possessore è certamente come tale obbligato al pagamento dei debiti ipotecari. Ma siccome la causa della sua obbligazione è unicamente il possesso del fondo gravato da ipoteche, le quali vincolano non la persona, ma la cosa; così il rilascio, ossia abbandono del fondo obbligato, scioglie necessariamente il possessore da qualunque obbligazione, e lo sottrae alle conseguenze derivanti dai pesi sullo stesso fondo radicati. Al contrario, quando il terzo possessore è anche colla persona propria obbligato al pagamento dei debiti ipotecari, qualunque sia il titolo, onde nasce una tale obbligazione, da doppio vincolo è stretto verso il creditore, dal vincolo personale e dal reale, e così anche dopo il rilascio del fondo ipotecato potrebbe venir costretto al pagamento dei debiti col prezzo di tutti i suoi beni di qualsiasi provenienza, in quanto che chi è obbligato personalmente è tenuto ad adempiere alla sua obbligazione sotto la garanzia di tutti i suoi beni mobili ed immobili. Il vincolo del pegno, che assicura al creditore il pagamento del credito (2), ha bisogno del fondamento dell' obbligazione principale che lo regga e sostenga (3); ma non viceversa il legame dell' obbligazione personale, che è principale, ha mestieri dell' appoggio dell' obbligazione accessoria dell' ipoteca. Sussistendo l' obbligazione personale indipendentemente dall' ipoteca, e chi è obbligato personalmente essendo tenuto in tutti i modi al pagamento del debito (4), la

(1) Tarrible, Répert. *V. Tiers détenteur*, n. 9. — Duranton, tome XI, liv. 3, tit. 18, n. 225.

(2) « Quo magis in tuto sit creditum. » (Instit. lib. 3, tit. 15, § ult.)

(3) L. 5, pr.; L. 13, § 2, D. *De pignoribus*. — L. 11, pr. D. *Qui potiores*. — Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 183.

(4) « Debitor intelligitur is, a quo invito exigi pecunia potest. » (L. 108, D. *De verb. significatione*.)

facoltà del rilascio non può essere accordata al possessore obbligato per doppio titolo, per ragione cioè della cosa e della persona, al pagamento del debito ipotecario, e quando pure gli fosse concessa, non avrebbe scopo, come quella che non potrebbe mai in alcun modo svincolare lo stesso possessore dall'obbligazione personale e dalla necessità di soddisfare il creditore col prezzo degli altri beni rimasti in poter suo (1).

1103. È fuori di dubbio che il compratore, il quale in conto di prezzo si accolla il pagamento di uno o più debiti ipotecari, rimane obbligato personalmente quando l'accollazione viene accettata dal creditore, la quale acquista allora il carattere di vera delegazione. Non potrà dunque in questo caso il compratore fare il rilascio del fondo, e su questo punto tutti convengono i Dottori. Ma non sono egualmente concordi nel decidere, se il compratore possa fare il rilascio, quando l'accollazione fattagli dal venditore non fu dal creditore accettata. Anche però in questo caso il compratore accollatario è personalmente obbligato al pagamento del debito in forza del mandato intervenuto tra lui e l'accollante, ed è certo che questi, il quale ha tutto l'interesse di essere liberato dal debito accollato, ha il diritto di costringere l'accollatario, venuta la scadenza del debito, ad eseguirne il pagamento (2). L'obbligo assunto dall'accollatario in faccia all'accollante rendendo risponsabile lo stesso accollatario del pagamento del debito dà altresì il diritto al creditore accollato di valersi dell'azion personale spettante all'accollante in forza del principio stabilito dall'articolo 1166, secondo il quale i creditori possono esercitare tutti i diritti ed azioni del loro debitore, tranne quelle soltanto che sono esclusivamente personali (3). Come dunque potrebbe accordarsi la facoltà di fare il rilascio al compratore accollatario, se egli può essere costretto con azion personale al pagamento del

(1) Troplong, art. 2172, n. 811. — Persil, art. 2172, n. 1.

(2) Dec. del Sup. Consiglio di Modena del 30 aprile 1830, n. 813, — Deangeli con Besini, — Tomo IV, pag. 51.

(3) Dec. del Sup. Consiglio di Modena del 10 luglio 1819, n. 149, — Sorra Grassi con Martelli, — tomo I, pag. 128. — Dec. dello stesso Sup. Consiglio del 1 giugno 1822, n. 287, — Modena con Guzzoni, — tomo I, pag. 239. — Dec. del medesimo Sup. Consiglio del 12 agosto 1826, n. 509, — Sacerdoti con Cialdini, — tomo II, pag. 226. — Dec. dello stesso Sup. Consiglio dell'11 marzo 1828, n. 611, — Latour ec. collo stato Costagiani, — tomo III, pag. 25. —

debito accollato dal venditore accollante, e se il creditore accollato può esercitare la stessa azione personale competente all'accollante? E infatti il compratore accollatario che facesse il rilascio come potrebbe avere il regresso, espressamente riservato dall'articolo 2170 al terzo possessore, per essere rilevato contro il principal debitore, se quest'ultimo ha anzi in forza della fatta accollazione il diritto di costringere l'accollatario al pagamento del debito accollato? Tengasi dunque che il terzo possessore non può mai fare il rilascio del fondo, per isciogliersi dall'obbligo di pagare il debito che gli venne accollato dal suo autore, sebbene l'accollazione non sia stata accettata dal creditore (1). E a me non pare ammissibile l'opinione del Duranton, il quale distingue tra la accollazione fatta nel solo interesse del compratore e l'accollazione fatta nell'interesse del venditore, ed accorda nel primo caso allo stesso compratore la facoltà del rilascio (2). Qualunque sia stata la causa motrice della accollazione, e sebbene con questa abbia voluto il compratore tutelare l'interesse proprio, è però certo che il patto della accollazione dà diritto sempre all'accollante di pretenderne l'adempimento, e che un tal patto non può non essere utile altresì al medesimo, il quale ha sempre interesse di sciogliersi dal peso dei debiti accollati. Se la causa onde fu animata la fatta accollazione non varia la natura del patto stipulato tra l'accollante e l'accollatario, se l'accollatario è sempre risponsabile in faccia all'accollante del pagamento dei debiti accollati, è chiaro che la obbligazione assunta dall'accollatario di pagare i creditori ipotecari sarà sempre di ostacolo all'esercizio della facoltà di fare il rilascio.

1104. L'erede è personalmente tenuto al pagamento dei debiti ereditari (3), in quanto che rappresenta la persona del defunto (4). Non può quindi fare il rilascio dei fondi vincolati a garanzia dei creditori ereditari. Ma quando vi sieno più coeredi della stessa eredità, ciascuno è personalmente obbligato per la sola quota dei debiti corrispondente alla porzione a lui spettante nella eredità comune, e pel di più è solo tenuto in quanto è pos-

(1) Troplong art. 2172, n. 813. — Persil, art. 2172, n. 2 e 3.

(2) Duranton, liv. 3, tit 18, n. 256, tome XI.

(3) L. 21, § 1, D. *De negot. gestis*. — L. 15, C. *De donationibus*.

(4) L. 37, D. *De adquir. vel om. hereditate*. — L. 23, pr. D. *De adquir. vel amit. possessione*. — L. 22, D. *De usurp. et usucapionibus*.

sessore degli immobili ipotecati. Non potrà dunque il coerede fare il rilascio dei fondi ipotecati a garanzia del creditore ereditario per sottrarsi al pagamento della quota stante a suo carico, ma potrà mediante il rilascio liberarsi dall' obbligo di pagare l' intero, per la ragione che pel di più che supera la quota del debito che tocca a ciascuno i coeredi sono soltanto tenuti come terzi possessori (1). È diversa la condizione del legatario particolare da quella dell' erede. I debiti dell' eredità sono a carico dell' erede e non dei legatari (2). Il legatario dunque molestato dal creditore coll' azione ipotecaria potrà liberamente fare il rilascio del fondo, non essendo personalmente obbligato pel pagamento del debito garantito con ipoteca sul fondo lasciatogli in legato (3).

1105. Si è fatto il dubbio, se il rilascio possa farsi dal compratore che si obbligò nel contratto di vendita di fare il giudizio di purgazione? È certo che il compratore, il quale s' accinge a fare il giudizio di purgazione, è tenuto a dichiarare col libello ch' egli è pronto a soddisfare immediatamente ai debiti ed ai pesi ipotecari sino alla concorrenza del prezzo. Quando pertanto il compratore assume l' obbligo di fare il giudizio di purgazione, s' assoggetta necessariamente al peso di fare la detta offerta o dichiarazione ai creditori inscritti. Chi non vede che una tale offerta è incompatibile col rilascio? I creditori pertanto del venditore esercitando le azioni del loro debitore potranno opporsi al rilascio e costringere il compratore a fare il giudizio di purgazione (4). Il Duranton pensa anche non potersi fare il rilascio dall' acquirente, quando le ipoteche inscritte sul fondo non superano la quota di prezzo, di cui il venditore è in credito, e ciò per la ragione che altrimenti sarebbe lasciata la facoltà al compratore di sciogliersi dal contratto, del quale non fu pagato l' intero prezzo (5). Io credo che si debba fare una distinzione. I creditori, se agiscono coll' azione ipotecaria contro il terzo possessore non obbligato personalmente al pagamento dei loro crediti, non pos-

(1) L. 2, C. *Si unus ex plur. heredibus.* — Troplong, art. 2172, n. 812. — Persil, art. 2172, n. 4.

(2) « Prædia obligata per legatum vel fideicommissum relicta heres luere debet. » (L. 6, C. *De fideicommissis.*)

(3) Troplong, art. 2172, n. 812.

(4) Duranton, tome XI, liv. 3, tit. 18, n. 251.

(5) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 252.

sono opporsi al rilascio, perchè l'azione ipotecaria è indipendente dalle obbligazioni personali che stringono il terzo possessore al suo venditore, e il rilascio è una facoltà concessa dalla legge al terzo possessore per sottrarsi alle conseguenze di detta azione. Ma se i creditori dell'alienante esercitano contro l'acquirente le azioni che pel pagamento del prezzo competono allo stesso alienante, in tal caso il compratore non potrà in alcun modo fare il rilascio, il quale, come si è detto, non è che uno scudo di difesa contro le azioni ipotecarie.

1106. È poi da avvertirsi che qualunque sia il numero delle ipoteche onde è gravato il fondo, il terzo possessore, sebbene non obbligato personalmente al pagamento dei debiti ipotecari, non potrà fare il rilascio prima di essere molestato dai creditori. Col rilascio del fondo si scioglie il contratto stipulato tra l'alienante e l'alienatario, e quest' ultimo ha il regresso per essere rilevato come di ragione contro l'alienante (1). Non può quindi esser lecito al terzo possessore di procedere ad un atto, che ha per risultato lo scioglimento del contratto di alienazione, se non dopo le molestie inferitegli dai creditori ipotecari, tanto più che il terzo possessore può col giudizio di purgazione liberarsi dal timore che gli arrecano le inscrizioni ipotecarie (2).

1107. Il rilascio, come si è detto, è l'abbandono del fondo, ed importa una vera alienazione. Perciò non basta che chi lo fa non sia obbligato personalmente pel debito, ma è necessario inoltre che abbia la capacità di alienare (3). Molti dubbi si fanno intorno a questa condizione. L'erede beneficiato, p. e., potrà fare il rilascio del fondo ereditario ipotecato a favore di un creditore? Se il fondo è ipotecato a garanzia di un debito del defunto, io porto opinione che non si possa concedere all'erede beneficiato la facoltà del rilascio. E in fatti l'erede rappresenta il defunto, e i creditori della eredità hanno contro l'erede le stesse azioni personali, che esercitar potevano contro il defunto stesso, senza bisogno di ricorrere al quasi contratto derivante dall'adizione della eredità a cui si appoggiano i

(1) Art. 2178.
(2) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 253, tome XI.
(3) Tarrible, Répert., *Tiers détenteur*, n. 9. — Duranton, tome XI, liv. 3, tit. 18, n. 260.

legatari (1). L' erede benefiziato rappresenta il defunto non meno dell' erede puro e semplice, e le stesse azioni personali derivanti dai contratti stipulati col defunto competono contro l' erede puro e semplice e contro l' erede benefiziato. L' unica differenza che passa tra l' uno e l' altro erede si è che il primo è tenuto al pagamento dei debiti ereditari non solo coi beni della eredità, ma altresì coi beni propri in forza della confusione dei due patrimoni che si opera colla adizione pura e semplice; laddove il secondo, sebbene stretto dalla stessa obbligazione personale dalla quale è vincolato l' erede puro, non può mai essere tenuto a pagare i debiti ereditari col prezzo delle sostanze sue proprie, le quali rimangono distinte da quelle dell' eredità in grazia dell' inventario, che impedisce la confusione dei due patrimoni (2). È sì vero che l' erede benefiziato è obbligato personalmente al pagamento dei debiti ereditari, che la regola, onde è vietato ai creditori di molestare l' erede durante la compilazione dell'inventario, si applica appunto al solo caso delle azioni personali contro di lui intentate, non a quello, in cui l' erede viene citato qual terzo possessore con azione reale (3). Posto dunque che l' erede benefiziato è obbligato personalmente al pagamento dei debiti ereditari, è chiaro che egli non potrà fare il rilascio dei fondi della eredità per sottrarsi alle azioni ipotecarie dei creditori del defunto, ed in concorso di questi riesce inutile l' indagare, se l' erede benefiziato abbia o non abbia la capacità di alienare. Imperocchè l' inventario non fa perdere all' erede la qualità di successore nei diritti ed obblighi del defunto, ed impedisce soltanto la confusione del patrimonio ereditario col patrimonio particolare dell' erede stesso, e così manca nell' erede benefiziato la condizione di non essere obbligato personalmente, senza la quale non è dato al possessore dei beni ipotecati di poterne fare il rilascio ai creditori. L' erede benefiziato è sostituito al debitore defunto, e tutti i beni, che prima della morte di quest' ultimo formavano la garanzia dei suoi creditori, ne assicurano altresì il pagamento dopo la morte. Se il debitore vivo non poteva fare il rilascio dei fondi ipotecati, im-

(1) Vinnii Instit., lib. 3, tit. 28, § 4, n. 1.

(2) Brunnemannus ad L. ult. C. lib. 6, tit. 30, n. 8.

(3) « Sed si ut possessor conveniatur, poterit etiam pendente confectione inventarii conveniri. » (Brunnemannus ad L. ult. C. lib. 6, tit. 30, § 11, n. 50, 54.)

pedendolo la obbligazione personale, per la stessa ragione una tale facoltà deve negarsi all' erede benefiziato che lo rappresenta, il quale potrà solo liberarsi dal pagamento dei debiti ereditari coll' abbandonare tutti i beni dell' eredità ai creditori ed ai legatari (1). Ma se l' erede benefiziato sia citato coll' azione ipotecaria qual terzo possessore per un debito, a cui non era personalmente tenuto il defunto, allora, per decidere se possa fare il rilascio, accade esaminare se abbia o no la capacità di alienare. È fuori di dubbio che l' erede benefiziato veste il carattere di legale amministratore dell' eredità (2), e che secondo il Codice Napoleone non può vendere gl' immobili ereditari che nelle forme prescritte dalle leggi sulla procedura (3). Non può dunque dirsi che abbia la capacità di alienare, se una tale capacità è subordinata all' adempimento di determinate solennità. Non è diversa quanto alla capacità di alienare gl' immobili ereditari la condizione dell' erede benefiziato da quella del curatore di una eredità giacente. Imperocchè l' uno e l' altro, sebbene rappresentino l' eredità del defunto, hanno legate le mani quanto alla disponibilità dei beni. E mi reca meraviglia che il Troplong, il quale nega la facoltà di fare il rilascio al curatore di una eredità giacente (4), accordi poi la stessa facoltà all' erede benefiziato molestato con azione ipotecaria per un credito, pel quale il defunto non era personalmente obbligato (5). Imperocchè l' erede benefiziato non ha quanto al disporre dei beni ereditari maggiori facoltà del curatore dell' eredità giacente. E ciò è sì vero che l' articolo 814 fa comuni ai curatori delle eredità giacenti le disposizioni stabilite sopra le forme dell' inventario, sui modi di amministrazione e rendimento de' conti per parte dell' erede beneficiato. Per la stessa ragione che è proibito

(1) Art. 802, n. 1.

(2) « Heres cum beneficio legis et inventarii non est verus heres, sed potius administrator hereditatis, quæ habetur pro jacente. » (De Luca, De cred., disc. 37, n. 3.)

(3) Art 806.

(4) « A l'égard du curateur à succession vacante, qui n'est qu'un véritable administrateur, il ne peut pas délaisser, et il faut qu'il laisse les créanciers procéder par voie d'expropriation forcée. » (Troplong, art. 2172, n. 819.)

(5) « Disons donc que l'héritier bénéficiaire a capacité pour vendre, sauf certaines formalités. Donc il peut aussi délaisser. » (Troplong, art. 2172, n. 818.)

al curatore di una eredità giacente, il quale non ha la libera capacità di alienare gli immobili ereditari, di fare il rilascio dei fondi gravati da ipoteche a favore di terzi per debiti, pei quali il defunto non era obbligato personalmente, deve essere altresì interdetta una tale facoltà all'erede benefiziato.

1108. Il fallito dal giorno del fallimento è spogliato della amministrazione di tutti i suoi beni (1). Non avendo egli pertanto la capacità di alienare, è chiaro che non potrà fare il rilascio degli immobili, pei quali è molestato con azione ipotecaria (2). E neppure potrà farlo il debitore che ha fatto la cessione de' suoi beni, perchè questa attribuendo il diritto ai creditori di far vendere i beni a loro vantaggio, e di percepirne i frutti sino alla vendita (3), priva necessariamente il debitore della capacità di alienare gli immobili già dimessi colla cessione in un cogli altri suoi beni. Quanto ai sindaci del fallimento, il Troplong distingue tra i sindaci provvisionali e i definitivi, negando ai primi ed accordando ai secondi la facoltà di fare il rilascio (4). È certo che i sindaci provvisionali, ai quali è soltanto permesso di procedere alla vendita delle mercanzie e dei mobili (5), non hanno la capacità di alienare i beni immobili del fallito, e neppur quella per conseguenza di farne il rilascio, e in ciò sono d'accordo col Troplong. Ma non convengo che abbiano facoltà di fare il rilascio degli immobili i sindaci definitivi. È verissimo che questi sono abilitati a fare la vendita dei beni stabili del fallito (6), ma devono eseguirla sotto la sorveglianza del Commissario, e colle forme prescritte dal Codice Civile per la vendita dei beni dei minori (7). Questi limiti imposti dalla legge alla alienazione dei beni immobili del fallito da farsi dai sindaci definitivi non possono non essere di ostacolo al rilascio degli stessi beni, perchè la capacità di alienare richiesta nella persona che fa il rilascio importa la libera disponibilità del fondo da rilasciarsi. I sindaci del fallimento dovranno al pari del curatore di una eredità giacente, al quale anche il Troplong nega la facoltà

(1) Art. 442 del Cod. di Commercio.
(2) Troplong, art. 2172, n. 819.
(3) Art. 1269, Cod. Civ.
(4) Troplong, art. 2172, n. 819.
(5) Cod. di Com., lib. 3, tit. 1, cap. 7, sez. 2.
(6) Cod. di Com., art. 528.
(7) Cod. di Com., art. 564.

di fare il rilascio, tollerare il giudizio di espropriazione degli immobili posseduti dal fallito come terzo possessore.

Parimenti quelli che si fecero immettere nel provvisionale possesso dei beni di un assente non potranno fare il rilascio, in quanto che la legge toglie ai medesimi la facoltà di alienare i beni stabili dell'assente (1).

1109. Quanto ai minori ed interdetti, è certo che questi non possono fare il rilascio, non avendo la libera amministrazione del proprio patrimonio; ma si fa il dubbio, se e come possano farlo i loro tutori. Il Troplong pensa che i tutori dei minori ed interdetti possono fare il rilascio sempreché sieno autorizzati dal Consiglio di famiglia (2). Il Persil (3) ed il Duranton (4) ammettono anch'essi che il tutore dei minori ed interdetti può fare il rilascio coll'autorizzazione del Consiglio di famiglia, ma vogliono che questa sia omologata dal Tribunale. Il Grenier opina al contrario che il tutore non possa in alcun modo fare il rilascio (5). Mi pare che la questione sia sciolta dall'articolo 464, il quale dispone che nessun tutore senza l'autorizzazione del Consiglio di famiglia potrà intentare in giudizio un'azione relativa ai diritti del minore sopra beni stabili, nè aderire ad una domanda relativa ai medesimi diritti. L'azione ipotecaria contro il terzo possessore si risolve nella intimazione a lui fatta di pagare il debito o di fare il rilascio del fondo ipotecato. Il tutore del terzo possessore, che è posto nell'alternativa o di pagare il debito o di fare il rilascio, perchè non potrà aderire alla dimanda del rilascio quando abbia l'autorizzazione del Consiglio di famiglia? Il citato articolo 464 vieta al tutore di aderire senza l'autorizzazione del Consiglio di famiglia alla dimanda fatta dall'attore intorno ai diritti pretesi sugli stabili del minore. Quando l'adesione è fatta colla detta autorizzazione, non può non esser valida ed efficace. Credo però che la autorizzazione del Consiglio di famiglia debba altresì essere omologata dal Tribunale. Imperocchè il rilascio è una vera alienazione, e perciò la disposizione del citato articolo 464 deve necessariamente accordarsi colle disposizioni

(1) Cod. Civ. art. 128. — Troplong, art. 2172, n. 819.
(2) Troplong, art. 2172, n. 820.
(3) Art. 2172, n. 5.
(4) Liv. 3, tit. 18, tome XI, n. 260.
(5) Tome II, n. 327.

degli articoli 457 e 458, secondo i quali le deliberazioni del Consiglio di famiglia relative alla alienazione dei beni immobili del minore non hanno esecuzione se non dopo che il tutore ne chiese ed ottenne l'omologazione dal competente Tribunale. Del resto il creditore che esercita l'azione ipotecaria contro un terzo possessore fa uso di un diritto che gli deriva dalla ipoteca radicata sul fondo senza alcun riguardo alla qualità e condizione del reo convenuto; e perciò non può non avere la facoltà di procedere al giudizio di espropriazione, qualunque sia lo stato e la condizione del possessore, scorso il termine dei 30 giorni assegnato dalla legge allo stesso terzo possessore per fare il pagamento o il rilascio. O il tutore pertanto può ottenere durante il detto termine dalla ricevuta intimazione l'autorizzazione dal Consiglio di famiglia di fare il rilascio colla omologazione del Tribunale, e in tal caso potrà a nome del suo minore o interdetto sottrarsi col rilascio alle conseguenze della mossagli azione. O entro il detto termine non potè ottenere la detta abilitazione nei modi stabiliti dalla legge, e allora non potrà far uso del detto benefizio, e il creditore potrà immediatamente procedere al giudizio di espropriazione a carico del minore o interdetto rappresentato dal tutore. Il terzo possessore, al quale fu deputato un consulente, non ha certamente la capacità di alienare i suoi beni immobili senza l'assistenza del consulente. Eppure il Grenier ammette che il terzo possessore posto in tal condizione può coll'assistenza del suo consulente fare il rilascio del fondo, pel quale è molestato con azione ipotecaria (1). Perchè ciò? Perchè l'assistenza del consulente integra la persona del terzo possessore, che acquista in tal modo la capacità di alienare i suoi beni immobili. Per la stessa ragione l'approvazione del Consiglio di famiglia omologata dal Tribunale conferisce al tutore la capacità che da sè solo non avrebbe di alienare i beni immobili del minore. Perchè dunque non potrà il tutore debitamente abilitato dalla autorizzazione del Consiglio di famiglia omologata dal competente Tribunale fare il rilascio del fondo del minore o interdetto, avendo in tal modo acquistata la capacità di alienare? Ha certamente ragione il Grenier dicendo che le solennità da osservarsi nella alienazione dei

(1) « Mais si le tiers détenteur a été mis simplement sous la direction d'un conseil, il pourra faire le délaissement avec l'assistance du conseil. » (Grenier, tome II, n. 328.)

beni immobili del minore o interdetto non possono ritardare e sospendere il corso dell'azione ipotecaria intentata dal creditore (1). Ma se questi non può essere obbligato a sospendere la sua azione sino a tanto che il tutore acquistar possa coll'adempimento delle necessarie solennità la capacità di fare il rilascio, essendo dalla legge accordato all'attore il diritto di far vendere a carico del terzo possessore l'immobile ipotecato trenta giorni dopo l'ordine ingiunto al debitore originario, e dopo l'intimazione fatta allo stesso terzo possessore di pagare il debito o di rilasciare il fondo, nessuna ragione può ostare al rilascio, quando il tutore acquistò prima della scadenza del detto termine la capacità di alienare coll'adempimento delle formalità a tal uopo prescritte dalla legge. Ciò che ho detto riguardo al tutore non è in contraddizione colla massima da me più sopra stabilita intorno ai sindaci del fallimento. Imperocchè il tutore rappresenta propriamente la persona del minore o interdetto, incapace per età o per difetto di mente ad amministrare il proprio patrimonio, e quando il tutore agisce colla autorizzazione del Consiglio di famiglia, l'incapacità della persona resta totalmente sanata, o dirò meglio scomparisce. Dicasi lo stesso del caso, in cui il terzo possessore sia un minore emancipato. Imperocchè il minore emancipato non può vendere, nè distrarre in altro modo i suoi beni immobili senza osservare le forme prescritte al minore non emancipato (2). Se il fondo, contro il quale il creditore esercita l'azione ipotecaria, è posseduto da una donna maritata, questa non potrà farne il rilascio senza l'assenso del marito. Imperocchè la donna, ancorchè non sia in comunione o sia separata di beni, non può alienare i suoi beni senza che il marito concorra all'atto, o presti il suo consenso in iscritto (3). E la donna maritata potrà coll'assenso del marito fare altresì il rilascio dell'immobile dotale, di cui fu permessa l'alienazione col contratto di matrimonio, in quanto che l'immobile dotale può essere alienato allorchè col contratto di matrimonio ne fu permessa l'alienazione (4). Che se il marito ricusa d'approvare il rilascio, questo potrà farsi dalla

(1) Grenier, tome II, n. 327.
(2) Art. 484. — Duranton, tome XI, liv. 3, tit. 18, n. 260.
(3) Art. 217.
(4) Art. 1557.

moglie quando sia stata autorizzata nei debiti modi dal Tribunale di prima istanza del circondario del domicilio comune (1). Ma se trattasi di un fondo della comunione, il rilascio potrà farsi dal solo marito, perchè egli solo può alienare i beni della comunione senza l'intervento della moglie (2). Quanto poi al fondo dotale, di cui col contratto di matrimonio non fu permessa l'alienazione, allora il rilascio potrà farsi coll'autorizzazione giudiziale, perchè con questa si può alienare l'immobile dotale per pagare i debiti della moglie o di quelli che hanno costituita la dote (3).

1110. Se il rilascio sarà fatto da persona incapace, il Tribunale ne negherà il certificato. E quando pure il certificato sia dal Tribunale accordato, i creditori ipotecari potranno opporsi alla nomina dell'amministratore del fondo rilasciato, e domandarne la vendita a carico del terzo possessore. Lo stesso terzo possessore incapace che fece il rilascio o chi legittimamente lo rappresenta potranno opporne la nullità, e il creditore, ad istanza del quale fu deputato un amministratore al fondo, sarà costretto a ricominciare il giudizio di espropriazione a carico del terzo possessore (4).

1111. Perchè dal terzo possessore possa farsi validamente il rilascio, due condizioni sono richieste dall'articolo 2172: l'una, che il terzo possessore non sia obbligato personalmente pel debito; l'altra, che abbia la capacità di alienare. Alcuni Interpreti ne aggiungono una terza, cioè che il terzo possessore abbia già pagato il prezzo del suo acquisto. Il Duranton è uno dei difensori di questa opinione (5) virilmente combattuta dal Troplong (6), e a quest'ultimo io aderisco. Non bisogna confondere l'azione personale competente al venditore pel pagamento del prezzo colla reale spettante ai creditori ipotecari contro il compratore qual terzo possessore del fondo a loro garanzia ipotecato. È fuori di dubbio che il venditore può costringere il compratore coll'azione

(1) Art. 219.
(2) Art. 1421.
(3) Art. 1558. — Troplong, art. 2172, n. 821. — Duranton, tome XI, liv. 3, tit. 18, n. 260.
(4) Troplong, art. 2172, n. 822.
(5) Tome XI, n. 252.
(6) Art. 2172, n. 822.

personale al pagamento del prezzo del fondo venduto (1), perchè l'obbligazione principale del compratore è di pagare il prezzo nel giorno e nel luogo determinati nel contratto di vendita (2). È certo altresì che i creditori dell'alienante aventi ipoteca sul fondo possono valersi dell'azione personale competente al loro debitore per obbligare il compratore al pagamento del prezzo (3). Ma questa azione è diversa da quella che spetta ai creditori in forza del diritto reale dell'ipoteca radicato sul fondo. La prima è personale derivante dal contratto stipulato tra il venditore ed il compratore, ed i creditori del venditore possono valersene solo in quanto possono esercitare tutti i diritti ed azioni del loro debitore, eccettuate quelle che sono esclusivamente personali. L'azione reale competente ai creditori che hanno ipoteca sul fondo venduto è indipendente dal contratto stipulato tra il venditore ed il compratore, e si esercita contro quest'ultimo, qualunque sieno i termini e i patti del contratto di vendita, solo in quanto è possessore del fondo a loro garanzia ipotecato. Come la vendita del fondo ipotecato non altera e non peggiora la condizione dei creditori ipotecari, la cui ipoteca anche dopo la vendita riman ferma ed incrollabile (4); così il compratore, che viene molestato dai creditori ipotecari coll'azione reale ipotecaria, deve essere nel diritto di far uso di tutti i rimedi, che la legge dà in mano al terzo possessore per ischermirsi dall'azione ipotecaria contro di lui intentata, qualunque sieno gli obblighi personali che lo stringono al suo venditore. Con qual diritto potrebbero i creditori ipotecari opporre al compratore il difetto di pagamento del prezzo del fondo, se l'azione da loro promossa è assolutamente indipendente dal contratto di vendita e dalle obbligazioni ed azioni personali che da questo derivano? Il terzo possessore, qualunque sia il titolo onde gli fu trasferita la proprietà dell'immobile ipotecato, qualunque sieno i rapporti personali che lo stringono all'alienante da cui ha causa, in faccia ai creditori ipotecari, che lo molestano coll'azione reale, è tenuto o a pagare tutti gl'interessi e capitali esigibili, o a rilasciare senza alcuna riserva l'immobile, o a fare il giudizio di

(1) L. 13, § 19 e 20, D. *De actione emti.*
(2) Art. 1650.
(3) Art. 1166.
(4) Art. 2114. — L. 4, C. *De evictionibus.*

purgazione. La facoltà di fare il rilascio accordata in termini assoluti al terzo possessore non è subordinata ad alcuna condizione, tranne quelle che trovansi stabilite nell'articolo 2172. Non può esser lecito al giureconsulto introdurne una nuova non imposta al terzo possessore dall'autorità del legislatore. Se il pagamento del prezzo è una conseguenza del contratto stipulato tra il venditore ed il compratore, la facoltà di fare il rilascio è essa pure una conseguenza dell'azione reale intentata dai creditori ipotecari, azione, come si è detto, indipendente dal contratto di vendita e dalle obbligazioni personali che legano il compratore all'alienante. Se il compratore non può sottrarsi al pagamento del prezzo, quando sia citato coll'azione personale derivante dal contratto di vendita, neppure i creditori ipotecari che esperimentano contro il compratore l'azione reale ipotecaria possono contrastare allo stesso compratore l'esercizio della facoltà del rilascio accordato dalla legge come uno schermo contro l'azione reale ipotecaria. Quale è l'Achille degli argomenti, su cui si fonda il Duranton per sostenere la sua opinione? Egli dice che al compratore, che non pagò il prezzo del suo acquisto, si lascerebbe la facoltà di recedere dal contratto di vendita e di violare la fede data al venditore, quando se gli accordasse il diritto di fare il rilascio, il quale importa la risoluzione del contratto, onde fu trasferito il dominio nell'alienatario (1). È facile il rispondere a quest'argomento. I creditori ipotecari hanno due azioni, di cui possono valersi: l'una personale derivante dal contratto di vendita per ripetere il pagamento del prezzo del fondo, della quale possono far uso siccome di una azione spettante al loro debitore; l'altra reale indipendente dal contratto di vendita ed esercibile contro il compratore qual terzo possessore del fondo vincolato a loro garanzia. Se i creditori ipotecari vogliono impedire la risoluzione del contratto di vendita stipulato dal loro debitore, se vogliono obbligare il compratore al pagamento del prezzo della vendita, si valgano dell'azione personale spettante al loro debitore che alienò il fondo ipotecato, e allora non avrà modo il compratore di sottrarsi all'obbligo del pagamento del prezzo. Ma se essi preferiscono di agire coll'azione reale ipotecaria derivante dal gius d'ipoteca costituito a loro sicurezza prima della vendita del

(1) « Ce serait lui donner le moyen de résilier à volonté le contrat de vente. » (Duranton, loc. cit.)

fondo, devono altresì soggiacere a tutte le conseguenze della stessa azione, l'esercizio della quale attribuisce il diritto al terzo possessore di fare il rilascio della cosa acquistata.

Articolo 2173.

Può eseguirsi ancora dopo che il terzo possessore avrà riconosciuta l'obbligazione o sarà stato condannato in questa sola qualità: il rilascio del fondo, finchè non è seguita l'aggiudicazione, non impedisce che il terzo possessore possa riprenderlo, pagando l'intero debito e le spese.

SOMMARIO.

1112. Il rilascio del fondo può eseguirsi dal terzo possessore non ostante che egli abbia riconosciuto l'obbligazione o sia stato condannato in questa qualità. Anche secondo i principj del Codice Napoleone l'intimazione fatta al terzo possessore di pagare il debito o di rilasciare il fondo può dar luogo ad una sentenza di condanna a carico di lui. Il rilascio non può eseguirsi dopo che fu cominciato il giudizio di espropriazione.

1113. Dalla facoltà accordata al terzo possessore di riprendere il fondo dopo il rilascio finchè non è seguita l'aggiudicazione non può dedursi la conseguenza che il terzo possessore rimane anche dopo il rilascio proprietario del fondo.

1114. Se i creditori rinunziano dopo il rilascio all'intentata azione ipotecaria, il terzo possessore non è obbligato a riprendere l'immobile.

1112. Il terzo possessore è obbligato come tale a tutti i debiti ipotecari, ma la sua obbligazione, che nulla ha di personale, col rilascio dell'immobile, che ne è la causa unica, rimane interamente sciolta. Il rilascio è perciò interdetto al possessore obbligato personalmente pel debito, onde è gravato il fondo. Finchè pertanto l'obbligazione del terzo possessore

conserva il suo vero carattere di obbligazione reale, derivante dalla cosa, la facoltà del rilascio non può non competergli, sebbene in forza di un atto volontario, o di una sentenza l'obbligazione di lui come terzo possessore sia stata riconosciuta o confermata (1). E siccome la legge presume che chi si obbliga assuma una obbligazione quanto più può tenue e ristretta (2); così in mancanza di una esplicita dichiarazione è giusto il supporre che il terzo possessore il quale riconosce la obbligazione di pagare il debito ipotecario, non abbia voluto obbligarsi personalmente al pagamento, ma nella sola qualità di terzo possessore (3). Dice l'articolo 2173 che il rilascio può eseguirsi ancora dopo che il terzo possessore *sarà stato condannato in questa sola qualità.* Il Duranton domanda come può darsi che il terzo possessore sia condannato in tale qualità al pagamento di un debito inscritto, mentre l'azione ipotecaria non ha più per risultato secondo i principj del Codice Civile una sentenza di condanna, ma dà luogo ad un semplice giudizio di esecuzione? Egli perciò conclude che le accennate parole dell'articolo 2173 riferir devonsi alla sentenza di dichiarazione d'ipoteca provocata dal creditore all'unico oggetto d'interrompere la prescrizione dell'azione ipotecaria (4). A me pare che anche secondo i principj del Codice Napoleone possa benissimo aver luogo una vera sentenza di condanna contro il terzo possessore diversa dalla sentenza di dichiarazione d'ipoteca a cui accenna il Duranton. E infatti, o il terzo possessore, a cui è fatta dal creditore la intimazione di pagare il debito o di rilasciare il fondo, non muove alcuna eccezione contro l'intentata azione, e allora certamente 30 giorni dopo la detta intimazione l'attore senza bisogno di alcuna sentenza potrà procedere al giudizio di espropriazione a carico dello stesso terzo

(1) Persil, art. 2173, n. 1. — Troplong, art. 2173, n. 824.

(2) « Ubi de obligando quæritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem ad negandum. » (L. 47, D. *De obligationibus.*) — L. 9, e L. 192, § 1, D. *De div. reg. Juris.*

(3) Duranton, tome XI, liv. 3, tit. 18, n. 258.

(4) « Il est évident qu'on n'a pu vouloir parler ici que d'un jugement rendu sur une demande en déclaration d'hypothèque, demande qui n'a pu avoir d'autre objet que d'obtenir du détenteur une reconnaissance, une déclaration du droit d'hypothèque, aux fins d'interrompre la prescription de l'action hypothécaire. » (Duranton. tome XI, liv. 3, tit. 18, n. 259.)

possessore: od oppone contro la detta intimazione una qualche eccezione perentoria, ed in tal caso una sentenza si rende indispensabile, che tolga di mezzo l'eccezione messa in campo e faccia ragione al buon diritto dell'attore, il quale soltanto allora potrà fare il giudizio di espropriazione quando sarà passata in cosa giudicata la sentenza di condanna. Ma cominciato il giudizio di espropriazione, è tolto al terzo possessore il diritto di arrestarne il corso col rilascio del fondo, perchè il detto giudizio è appunto la pena inflitta dalla legge al terzo possessore che nel termine dei 30 giorni stabilito coll'articolo 2169 non si cura di soddisfare alla intimazione fattagli dal creditore (1).

1113. L'articolo 2173 stabilisce nella seconda parte che il rilascio del fondo, finchè non è seguita l'aggiudicazione, non impedisce che il terzo possessore possa riprenderlo, pagando l'intero debito e le spese. Da questa disposizione trae il Troplong la conseguenza che il rilascio non è un atto di alienazione, e che il terzo possessore rimane proprietario del fondo sino al giorno della definitiva aggiudicazione (2). L'opinione del Troplong trova un ostacolo insuperabile nell'articolo 2172, il quale richiede che chi fa il rilascio abbia la capacità di alienare. Dalla quale è forza il dedurre che il rilascio è un atto di alienazione, perchè chi abbandona semplicemente il materiale possesso (3) non fa un atto di alienazione e non ha quindi mestieri della capacità di alienare. Non così dalla facoltà accordata al terzo possessore di riprendere la cosa già rilasciata può dedursi che il medesimo ne conservi il dominio sino al giorno della definitiva aggiudicazione. Se viene fatta puramente la vendita di un fondo col patto dell'*addizione in diem,* il venditore, verificandosi una migliore offerta, non ha il diritto di riprendere la cosa? Eppure non ostante questo diritto competente al venditore, l'alienazione ebbe il pieno suo effetto e il dominio passò incontrastabilmente nel compratore (4). Il retratto convenzionale, ossia il patto, per cui il venditore si riserva il diritto di riprendere la cosa venduta, impedi-

(1) V. N. 1082.

(2) Troplong, art. 2173, n. 825.

(3) L. 119, D. *De div. reg. Juris.*

(4) « Si quidem hoc actum sit, ut *meliore allata conditione discedatur*, erit pura emtio, quæ sub conditione resolvitur. » (L. 2, pr. D. *De in diem addictione.*) — L. 4, § 3, D. *De in diem addictione.*

sce forse la trasmissione della proprietà nel compratore? È sì vero che questi non ostante il patto del retratto acquistò il dominio della cosa comprata che potè liberamente ipotecarla a favore de' suoi creditori. Anche il donatore trasferisce nel donatario la proprietà dei beni donati. Eppure la legge gli riserva il diritto di riprenderli nel caso di sopravvenienza di un figlio (1). Dalla facoltà accordata al terzo possessore di riprendere il fondo rilasciato altra conseguenza non può trarsi se non che l'abdicazione del dominio la quale si opera col rilascio è rivocabile e risolubile ad arbitrio del terzo possessore finchè non è seguita l' aggiudicazione (2).

1114. Se i creditori rinunziano dopo il rilascio all'intentata azione ipotecaria, sarà il terzo possessore obbligato a riprendere l' immobile? Il Troplong, coerente al principio che il rilascio non scioglie il diritto di proprietà, tiene per fermo che dopo la rinunzia dei creditori il terzo possessore deve conservare la cosa e non ha punto il diritto di recedere dal contratto (3). Dal principio da me propugnato che il rilascio importa una vera abdicazione del gius di dominio non può non dedursi una diversa conclusione. L'alienatario, che rilasciò il fondo, fece uso di un diritto che accorda la legge al terzo possessore molestato con azione ipotecaria, e rotti così legittimamente i vincoli di proprietà che lo legavano al fondo acquistato, il fatto compiuto della abdicazione del dominio avvenuta mediante il rilascio non può più essere rivocato senza l'assenso dello stesso alienatario.

(1) Art. 960.

(2) « Mais nous soutenons que le délaissement, comme le nom l'indique, le dessaisit, sauf reprise. . . . . La règle *res perit domino* ne lui est point applicable, parce que, quoiqu'on dise, le délaissement est une abdication de la propriété, mais faite avec la faculté de pouvoir reprendre l'immeuble jusqu'à l'adjudication. » (Duranton, tome XI, liv. 3, tit. 18, N. 264.)

(3) Troplong, art. 2173, n. 826.

Articolo 2174.

Il rilascio del fondo per soddisfare all'ipoteca si eseguisce alla cancelleria del Tribunale del distretto ove sono situati i beni, il quale ne accorda il certificato.
Sulla petizione di quello fra gl' interessati che previene, si deputa un amministratore del fondo rilasciato, ed in contraddittorio del suddetto si procede alla vendita secondo le forme prescritte per le spropriazioni.

SOMMARIO.

1115. Il rilascio del fondo si eseguisce alla cancelleria del Tribunale del distretto ove sono situati i beni, il quale ne accorda il certificato. L'atto del rilascio deve essere notificato tanto all'alienante, quanto ai creditori inscritti. Al fondo rilasciato viene deputato un amministratore ad istanza di quello fra gli interessati che previene. Perchè il giudizio di espropriazione si fa in contraddittorio dell'amministratore, anzichè del terzo possessore che fece il rilascio?

1116. Nel caso di rilascio l'intimazione, che giusta l'art. 2217 deve precedere il giudizio di espropriazione, può farsi all'amministratore deputato al fondo?

1115. Il rilascio del fondo si eseguisce alla cancelleria del Tribunale del distretto ove sono situati i beni, il quale ne accorda il certificato. Interessa un tal atto tanto all'alienante, quanto agli inscritti creditori. All'alienante, perchè il terzo possessore che ha rilasciato l'immobile ipotecato ha il regresso per essere rilevato, come di ragione, contro il suo autore (1). Ai creditori inscritti, perchè toglie loro il diritto di far vendere il fondo a carico del terzo possessore. Deve dunque essere notificato sì all'alienante, come ai creditori inscritti, i quali hanno tutto il diritto di opporne la nullità ed inefficacia, quando sia stato fatto

(1) Art. 2178.

da un possessore od obbligato personalmente o mancante della capacità di alienare, o dopo il termine dei 30 giorni stabilito dall'articolo 2169 (1). Fatto il rilascio, col quale si rompono i vincoli che stringevano il terzo possessore ai creditori ipotecari (2), questi perdono il diritto di far vendere il fondo a carico del terzo possessore, e ad istanza di quello fra gli interessati che previene si deputa dal Tribunale un amministratore del fondo rilasciato. Un tale amministratore da deputarsi al fondo ha grande affinità e somiglianza col curatore che secondo il Diritto Romano veniva dato ai beni, dei quali era stato dato il possesso ai creditori (3), ed in contraddittorio di lui devono i creditori, che esercitar vogliono il gius d'ipoteca, procedere al giudizio di espropriazione, ossia alla vendita coattiva del fondo a loro garanzia ipotecato. Dice Loyseau (4), a cui fa eco il Troplong (5), che dopo il rilascio il giudizio di espropriazione si fa contro il nominato amministratore per evitare al terzo possessore l'onta e il disonore di una vendita coattiva. Io credo che non un semplice riguardo di convenienza, ma una ragione di necessità sia la vera causa, onde il giudizio di espropriazione si fa in contraddittorio dell'amministratore. E infatti il giudizio di espropriazione si eseguisce sempre contro il debitore o chi lo rappresenta (6). Ora il terzo possessore, che fece il rilascio, non è in alcun modo tenuto al pagamento del debito. Non vi è tenuto come debitore, perchè non è obbligato personalmente. Non vi è tenuto come terzo possessore, perchè il rilascio sciolse e spezzò i vincoli che lo legavano al fondo gravato dalla ipoteca, la quale era l'unica causa della sua obbligazione (7). Dopo il rilascio il terzo possessore non ha alcun obbligo verso i creditori ipotecari, ai quali resta totalmente estraneo, e rimane perciò necessariamente sottratto al pericolo

(1) Troplong, art. 2174, n. 827. — Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 265.

(2) « Une fois qu'il a fait le délaissement, il n'y a plus de lien entre le créancier et lui: il devient *penitus extraneus.* » (Troplong, art. 2174, n. 829.)

(3) L. 14, pr. D. *De reb. auct. Jud. possidendis.*

(4) Liv. 6, ch. 7, n. 5.

(5) Art. 2174, n. 828.

(6) « En général, l'expropriation forcée peut être provoquée contre tout débiteur. » (Duranton, tome XI, liv. 3, tit. 19, n. 37.)

(7) « La cessation de la détention fait disparaître toute action. *Cessante causa, cessat effectus.* » (Grenier, tome II, n. 324.)

di una vendita giudiziale, la quale solo può farsi a carico di chi è obbligato al pagamento del debito, che è il fondamento e la causa del giudizio di espropriazione. Quand'anche si ammettesse col Troplong che il rilascio non fa perdere al terzo possessore il gius di proprietà, e che è un semplice abbandono del possesso della cosa, in nessun modo potrebbe farsi il giudizio di espropriazione a carico del terzo possessore, il quale non essendo dopo il rilascio risponsabile del pagamento del debito ipotecario non potrebbe più soggiacere ad una vendita coattiva. A più forte ragione riesce impossibile il giudizio di espropriazione a carico del terzo possessore che fece il rilascio, ove si tenga la massima da me propugnata che il rilascio è una vera abdicazione del gius di proprietà, in quanto che i soli beni immobili appartenenti in proprietà al debitore, o l'usufrutto al medesimo spettante sopra beni della stessa natura possono essere la materia ed il soggetto di un giudizio di espropriazione (1).

1116. Stabilisce l'articolo 2217 che ad ogni dimanda per la spropriazione degli immobili deve precedere l'intimazione di pagare, fatta da un usciere, a richiesta ed istanza del creditore, alla persona del debitore o al suo domicilio. Alla quale disposizione quella s'accorda dell'articolo 673 del Codice di Procedura (2). Dimandano gl'Interpreti, se l'intimazione voluta dal citato articolo 2217 possa farsi all'amministratore deputato al fondo? Se il rilascio viene fatto dal terzo possessore dopo l'ordine, di cui parla l'articolo 2169, ingiunto al debitore originario di pagare il debito già esigibile, allora certamente non può essere necessario ripetere l'ordine prescritto dall'articolo 2217 dopo la nomina dell'amministratore deputato al fondo. Imperocchè il citato articolo 2217 del Codice Civile e l'articolo 673 del Codice di Procedura altro non richieggono se non che il giudizio di espropriazione sia preceduto dalla intimazione di pagare fatta al debitore. Quando pertanto una tale intimazione fu fatta prima della nomina dell'amministratore deputato al fondo rilasciato, il voto della legge è soddisfatto pienamente, e non può essere necessario il

(1) Art. 2204.

(2) « Il pignoramento di stabili deve essere preceduto da un precetto d'usciere alla persona o a domicilio, in principio del quale s'inserisce copia intiera del documento in forza di cui si fa il pignoramento. » (Cod. di Proc. art. 673.)

ripeterla, perchè possa procedersi alla vendita forzata del fondo in contraddittorio dell'amministratore surrogato al terzo possessore che rilasciò il fondo (1). Ma se il rilascio fu fatto dal terzo possessore prima dell'ordine di pagare ingiunto al debitore, in tal caso l'intimazione di un tal ordine dovrà farsi non all'amministratore deputato al fondo, ma sì bene al debitore originario. Imperocchè il detto amministratore non rappresenta il debitore, ma il solo fondo, alla cui difesa è preposto per l'interesse della massa dei creditori ipotecari. È diversa la condizione del terzo possessore da quella del debitore. Il terzo possessore non obbligato personalmente rimane sciolto in forza del rilascio da qualunque obbligo pei debiti radicati sul fondo. Al contrario il rilascio e la nomina dell'amministratore lasciano intatta la obbligazione personale del debitore, al quale perciò deve farsi l'intimazione di pagare il debito prima che sia cominciato il giudizio di espropriazione contro l'amministratore.

Articolo 2175.

Le deteriorazioni cagionate dal fatto o dalla negligenza del terzo possessore in pregiudizio dei creditori ipotecari o privilegiati, danno luogo ad agire contro di esso per l'indennità; egli però non può ripetere le spese e miglioramenti da lui fatti che sino alla concorrenza del valor maggiore, che ne è risultato.

SOMMARIO.

1117. Se e quale azione competa ai creditori ipotecari contro il terzo possessore secondo il Diritto Romano e secondo il Codice Napoleone pei danni recati al fondo.

1118. Quali diritti competono per Diritto Romano al terzo possessore mo-

(1) Troplong, art. 2174, n. 829.

lestato con azione ipotecaria per le spese fatte sul fondo? Quali gliene accorda per lo stesso titolo il Codice Napoleone? La disposizione dell'art. 2175 è applicabile a qualunque terzo possessore di buona o di mala fede.

1119. Se per la ripetizione delle spese competa al terzo possessore il diritto di ritenzione, oppure un privilegio sul prezzo del fondo.

1120. Se il terzo possessore che fa il rilascio possa togliere dal fondo gli oggetti di lusso e di ornamento.

1121. La disposizione dell'art. 2175 è comune al terzo possessore che fa il rilascio, non che a quello, a carico del quale i creditori ipotecari fanno il giudizio di espropriazione.

1117. L'articolo 2175 abbraccia due parti: l'una riguarda i danni recati al fondo dal terzo possessore; l'altra le spese e i miglioramenti da lui eseguiti. Quanto alla prima, per Diritto Romano il terzo possessore convenuto con azione reale è risponsabile verso l'attore dei danni recati per fatto suo alla cosa da restituirsi (1); ma si fa differenza tra il possessore di mala fede e il possessore di buona fede. Il primo pei danni arrecati prima della contestazione della lite è risponsabile del dolo ed anche della semplice colpa, ed il secondo del solo dolo (2). Ma quanto ai danni cagionati dopo la contestazione della lite, il possessore di buona fede è trattato colla stessa regola, a cui è soggetto il possessore di mala fede, ossia è tenuto pei danni recati per dolo e per colpa, e ciò perchè dopo la detta contestazione anche il possessore di buona fede diventa possessore di mala fede (3).

(1) « Non solum autem res restitui, verum et si deterior res sit facta, rationem Judex habere debebit. » (L. 13, D. *De rei vindicatione.*) — Cum prædia urbana et rustica negligentia possessorum pejora sint facta,... litis æstimationem earum rerum, quanto pejores sint factæ, possessores pati debent. » (L. 54, § 2, D. *De hered. petitione.*) — L. 36, § 1, D. *De rei vindicatione.*

(2) « Sicut autem sumtum, quem fecit, deducit: ita si facere debuit, nec fecit, culpæ hujus reddat rationem, nisi bonæ fidei possessor est: tunc enim, quia quasi suam rem neglexit, nulli querelæ subjectus est ante petitam hereditatem; postea vero et ipse prædo est. » (L. 31, § 3, D. *De hered. petitione.*)

(3) « Sententia manifesta est, quod bonæ fidei possessor ante litem contestatam teneatur de dolo tantum, non de culpa, quia credidit, se in suis rebus negligentem esse. Sed malæ fidei possessor ante litem contestatam tenetur etiam de culpa, sed post litem contestatam etiam is, qui bona

Il Codice Napoleone accorda anch'esso un'azione ai creditori ipotecari e privilegiati per le deteriorazioni cagionate dal fatto o dalla negligenza del terzo possessore. E siccome non fa alcuna distinzione tra il possessore di buona fede e quello di mala fede, così deve tenersi che l'azione per l'indennità accordata dall'articolo 2175 può dai creditori rivolgersi contro qualsiasi possessore o di buona o di mala fede. D'altra parte, se nel sistema antico delle ipoteche occulte la citazione giudiziale del creditore ipotecario era necessaria per costituire in mala fede il terzo possessore, nel nuovo della pubblicità la sola inscrizione senza bisogno di una dimanda giudiziale basta di per sè sola per avvertire il terzo possessore dell'onere ipotecario onde è gravato il suo fondo. A ragione quindi il Troplong insegna che il terzo possessore non può opporre ai creditori inscritti l'eccezione di buona fede per sottrarsi all'obbligo della dovuta indennità pei danni dalla sua negligenza recati al fondo (1). Non posso però in alcun modo aderire al Troplong quando dice a maggiore conferma della sua giustissima opinione che l'inscrizione è una specie di occupazione della cosa per parte del creditore, e che per essa l'ipoteca moderna s'imprime sul fondo con più stretti vincoli che l'antica (2). Questa ragione non può a parer mio accettarsi. Imperocchè l'ipoteca moderna quanto al diritto reale radicato sul fondo non è diversa dall'antica, e l'unica differenza tra l'una e l'altra sta in questo, che l'antica era pienamente efficace dal giorno della sua costituzione, laddove della moderna si misurano l'efficacia ed il grado dal giorno soltanto dell'accesa inscrizione. E neppure il terzo possessore per sottrarsi alle conseguenze dell'azione contro di lui intentata per la detta indennità potrebbe opporre l'eccezione di buona fede contro i creditori dispensati dall'obbligo della inscrizione, perchè se da una parte il Codice Napoleone tollerò che alcune ipoteche legali, cioè quelle delle donne e dei minori, fossero occulte, dall'altra diè in mano al

fide antea rem possederat, tenetur etiam de culpa, quæ omnia sunt certa. » (Brunnemannus ad L. 45, D. *De rei vindicatione.*)

(1) Troplong, art. 2175, n. 832.

(2) « D'ailleurs l'inscription est une espèce de prise de possession de la chose par le créancier; elle produit sur l'immeuble une affectation plus étroite que l'hypothèque occulte de l'ancienne jurisprudence. » (Troplong, art. 2175, n. 832.)

terzo possessore nel Capo nono i mezzi legali atti a costringere i detti creditori ad accendere la loro inscrizione.

1118. Ma se il terzo possessore è da una parte risponsabile dei danni cagionati al fondo, ha diritto dall'altra a ripetere le spese ed i miglioramenti da lui fatti. I Romani distinguono le spese fatte dal possesore in *necessarie*, *utili* e *voluttuose* (1), chiamando *necessarie* quelle che conservano la cosa, ossia ne impediscono la rovina o il deterioramento (2), *utili* quelle che la rendono migliore e di maggior pregio (3), e *voluttuose* le altre che l'adornano ed abbelliscono (4). Non accade discorrere dei diritti che le Leggi Romane accordano al possessore che fece delle spese sulla cosa altrui, qualunque volta trovasi molestato coll'azione reale di rivendicazione dal vero proprietario (5). Ci basta ricordare brevemente i principj stabiliti dalle lodate Leggi nel caso di spese fatte sulla cosa propria da un terzo possessore posto in conflitto coi creditori, che intentano l'azione reale ipotecaria. Paolo nella L. 29, D. *De pignoribus* suppone il caso che rimanga distrutta da un incendio una casa ipotecata a favore di un creditore, e che il compratore dell'area riedifichi la casa, e fa il dubbio, se il diritto del creditore ipotecario si estenderà alla nuova casa? Al qual dubbio risponde che il creditore ha diritto sulla nuova casa, la quale per accessione segue la sorte dell'area che la sostiene, ma soggiunge che il possessore di buona fede può ripetere le spese impiegate nella fabbrica entro i limiti del valor maggiore, al quale salì in forza delle stesse spese la cosa ipotecata (6). A questa risposta di Paolo

(1) « Impensarum quædam sunt *necessariæ*, quædam *utiles*, quædam vero *voluptuariæ*. » (L. 1, pr. D. *De imp. in res dot. factis*.)

(2) « *Necessariæ* hæ dicuntur, quæ habent in se necessitatem impendendi. » (L. 1, pr. D. *De imp. in res dot. factis*.)

(3) « *Utiles* autem impensæ sunt, quas maritus utiliter fecit, remque meliorem uxoris fecerit, hoc est, dotem. » (L. 5, § 3, D. *De imp. in res dot. factis*.) – L. 79, § 1, D. *De verb. significatione*.

(4) « *Voluptuariæ* autem impensæ sunt, quas maritus ad voluptatem fecit, et quæ species exornant. » (L. 7, pr. D *De imp. in res. dot. factis*.) — L. 79, § 2, D. *De verb. significatione*.

(5) Voet, lib. 6, tit. 1, n. 36. — Brunnemannus ad L. 39, D. lib. 5, tit. 3, n. 2. — L. 5, C. *De rei vindicatione*. — Brunnemannus ad L. 38, D. lib. 6, tit. 1, n. 6.

(6) « Domus pignori data exusta est, eamque aream emit Lucius Titius

sembra però contraria la decisione data da Africano nella L. 44, § 1, D. *De dam. infecto,* nella quale viene negato al compratore il diritto di pretendere dal creditore ipotecario il rimborso delle spese fatte sulla cosa comprata per la ragione che il compratore dovea provveder meglio al suo interesse nel momento del contratto liberamente stipulato col suo venditore (1). Il Brunnemanno spiega l'apparente contraddizione dei citati due testi col dire che nella L. 29, D. *De pignoribus* si tratta di una nuova fabbrica innalzata dal compratore, ossia di spese utili, che migliorarono la cosa, e nell'altra di semplici ristauri (2), ossia di spese, che non recarono alla cosa alcun miglioramento. Fatta questa distinzione tra le spese utili e di miglioramento contemplate nella L. 29, D. *De pignoribus* e le spese di pura riparazione, di cui parla l'altra L. 44, D. *De damno infecto,* resta fermo il principio stabilito nella prima, secondo il quale il terzo possessore posto in conflitto coi creditori, i quali intentano l'azione ipotecaria, ha diritto di ripetere le spese fatte sul fondo sino alla concorrenza del valor maggiore attribuito al medesimo — *quate-*

et extruxit: quæsitum est de jure pignoris? Paulus respondit, pignoris persecutionem perseverare: et ideo jus soli superficiem secutam videri, id est, cum jure pignoris: sed bona fide possessores non aliter cogendos creditoribus ædificium restituere, quam sumtus in exstructione erogatos, quatenus pretiosior res facta est, reciperent. » (L. 29, § 2, D. *De pignoribus.*)

(1) « Damni infecti nomine in possessionem missus, possidendo dominium cepit: deinde creditor eas ædes pignori sibi obligatas persequi vult; non sine ratione dicetur, nisi impensas, quas in refectionem fecerim, mihi præstare sit paratus, inhibendam adversus me persecutionem. Cur ergo non emtori quoque id tribuendum est, si forte quis insulam pignoratam emerit? Non recte hæc inter se comparabuntur, quando is, qui emit, sua voluntate negotium gerat: ideoque diligentius a venditore sibi cavere et possit et debeat: quod non æque et de eo, cui damni infecti non promittatur, dici potest. » (L. 44, § 1, D. *De damno infecto.*)

(2) « In possessionem missus sum prædii, in quo nonnulla refeci, postea a creditore hypothecario convenior, quæritur an mihi expensæ restituendæ? Quod hic affirmatur. Sed an non emtor potest expensas petere? Negatur, quia emtor voluntate sua contrahit et potuit sibi a venditore cavere, hic secus. Sed huic obstare videtur L. 29, § 2, D. *De pignoribus.* Sed ibi agitur de ædibus exustis et denuo exstructis, hic vero de ædibus tantum refectis. » (Brunnemannus ad L. 44, § 1, lib. 39, D. tit. 2, n. 3.)

nus pretiosior res facta est. — E a fronte di questo principio generale riesce inutile la distinzione di spese necessarie, utili e voluttuose. Imperocchè non solo le spese necessarie, ma altresì le voluttuose, pigliano il carattere di spese utili, se accrescono il valore della cosa (1). E quand'anche, rigettata la spiegazione del Brunnemanno, si voglia generalizzare la disposizione della L. 44, D. *De damno infecto*, ed estenderla al caso di qualunque spesa utile e di miglioramento, non per questo vi ha contraddizione tra questa L. 44, D. *De dam. infecto* e l'altra L. 29, D. *De pignoribus.* Imperocchè quest'ultima contempla esplicitamente il possessore di buona fede; laddove la L. 44, D. *De damno infecto* suppone il caso di un possessore di mala fede, ossia di un compratore che conosceva nel momento del contratto l'onere ipotecario ond'era gravata la cosa. E che la detta L. 44 ora citata accenni ad un possessore di mala fede si deduce con tutto il fondamento dal rimprovero fatto al compratore di non avere con opportune cautele e garanzie tutelato l'interesse proprio nel momento del contratto, rimprovero che non sarebbe giusto quando fosse fatto ad un compratore di buona fede che ignorava gli oneri ipotecari del fondo comprato.

Attenendosi il Codice Napoleone al principio stabilito dalla citata L. 29, D. *De pignoribus* accorda anch'esso colla disposizione dell'articolo 2175 al terzo possessore, senza però fare alcuna distinzione tra possessore di buona fede e possessore di mala fede, il diritto di ripetere le *spese ed i miglioramenti da lui fatti*, *sino alla concorrenza del valor maggiore*, *che ne è risultato.* Le quali espressioni — *sino alla concorrenza del valor maggiore*—sono la ripetizione della formola che si legge nella citata L. 29, D. *De pignoribus* — *quatenus pretiosior res facta est.* — Se la spesa è più forte che il valore dei miglioramenti, è certo che il terzo possessore non potrà ripetere l'intera spesa, ma dovrà contentarsi del valore dei miglioramenti, appunto perchè la legge gli accorda il semplice diritto di ripetere le spese ed i miglioramenti sino alla concorrenza soltanto del valor maggiore acquistato dal fondo — *quatenus pretiosior res facta est* — (2). E

(1) « Plane si probetur.... propter hæc impendia, plus consequuturum, impensæ, quæ per se voluptuariæ sunt, naturam induunt utilium. » (Vinnii Selectar. Jur. Quæst. lib. 1, cap. 21.)

(2) Troplong, art. 2175, n. 838.

se i miglioramenti superano l'ammontare delle spese, avrà diritto secondo il citato articolo 2175 all'intero valore dei miglioramenti? A rigore di diritto nulla potrebbe pretendere il terzo possessore contro il creditore ipotecario per i fatti miglioramenti, i quali come accessorj cadono sotto l'ipoteca onde è colpito il fondo. L'alienazione del fondo ipotecato non cambia la condizione dei creditori ipotecari, e come questi hanno diritto sui miglioramenti, se il fondo stesso rimane in potere del debitore, per la stessa ragione vi hanno diritto quando sono eseguiti dal terzo possessore. La legge però mossa dall'equità ha voluto conciliare il diritto del creditore col principio di Gius Naturale insegnato da Pomponio — *Iure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem* — (1), e però accorda al terzo possessore il diritto di ripetere le spese ed i miglioramenti fatti sul fondo. E con tale facoltà concessa al terzo possessore non potè avere altro scopo che di impedire il danno dello stesso terzo possessore compatibilmente alle ragioni del creditore ipotecario. Ora, quando il terzo possessore ricupera le spese fatte sul fondo, non può più dolersi di alcun danno, e tolto di mezzo il pregiudizio del terzo possessore, il creditore deve essere lasciato nel pieno esercizio de' suoi diritti, sebbene il valore dei miglioramenti superi l'ammontare delle spese fatte sul fondo. Quando dichiara l'articolo 2175 che il terzo possessore non può ripetere le spese ed i miglioramenti che sino alla concorrenza del valor maggiore che ne è risultato, non intende già di attribuire in modo assoluto al terzo possessore il diritto di ripetere il valore dei miglioramenti. Evidentemente il detto articolo ha per iscopo di fissare l'estremo limite a cui può essere spinto il diritto del terzo possessore, quando il valore delle spese superi quello dei miglioramenti. La legge dà diritto propriamente al terzo possessore di ripetere le spese fatte sul fondo, non il valore dei miglioramenti. A questo valore ha riguardo come ad un limite ultimo, a cui possono estendersi i diritti del terzo possessore, quando la spesa sia superiore al valore dei miglioramenti. O dunque il valore dei miglioramenti eguaglia o supera l'ammontare delle spese sostenute, e in questo caso avrà diritto il terzo possessore di ripetere per intero le fatte spese. O il valore dei miglioramenti riuscì inferiore alla somma delle spese,

(1) L. 206, D. *De div. reg. Juris.*

e allora non può avere altro diritto che di ripetere l'ammontare delle spese sino alla concorrenza soltanto del valor maggiore che per esse acquistò il fondo (1). Pensano però alcuni, appoggiati anche a un Decreto della Corte di Cassazione dell'11 novembre 1824, che la regola stabilita dall'articolo 2175, secondo la quale il terzo possessore non può ripetere le spese che sino alla concorrenza del valor maggiore che ne è risultato, non è applicabile che alle spese utili ossia ai miglioramenti, e che le spese necessarie possono sempre ripetersi per intero. Questa distinzione non può ammettersi. L'articolo 2175 concepito in termini generali abbraccia e comprende le spese qualunque fatte dal terzo possessore, e così anche le necessarie; e siccome accorda allo stesso possessore con una regola assoluta non limitata da alcuna eccezione il diritto di ripetere le spese fatte sino alla concorrenza soltanto del valor maggiore che ne risultò, così vuolsi sempre avere riguardo non alla qualità delle spese, ma unicamente al maggior valore, che per esse acquistò il fondo, quando il terzo possessore molestato con azione ipotecaria ne reclama il rimborso. La sola disposizione, alla quale può ricorrere il terzo possessore, che domanda ai creditori ipotecari le spese fatte sul fondo, è quella dell'articolo 2175. Qualunque sia pertanto la natura delle spese sostenute dal terzo possessore, la ripetizione deve necessariamente essere ristretta entro i limiti del valor maggiore che ne derivò al fondo, perchè la stessa disposizione, che gli accorda il diritto di ripetere le spese, fissa la misura colla quale deve farsi ragione alla dimanda del rimborso. La parola *spese* o è usata nell'articolo 2175 in senso generale, o in senso ristretto. Nel primo senso abbraccia tutte le spese di qualsiasi genere, o necessarie od utili o voluttuose. Nel secondo applicar dovrebbesi alle sole spese necessarie, mentre le utili cadono propriamente sotto la parola *miglioramenti*, essendo appunto utili le spese che migliorano la cosa e ne accrescono il valore. Ma qualunque sia il senso che piaccia attribuire al detto vocabolo, il terzo possessore non potrà mai ripetere le spese che sino alla concorrenza del valor maggiore acquistato dal fondo, perchè questo è il limite, a cui la legge subordina il diritto accordato al terzo possessore di ripetere le spese. Parla sì chiaro la disposizione dell' articolo 2175

(1) Troplong, art. 2175, n. 838. — Persil, art. 2175, n. 3 e 4.

che mi è forza rigettare francamente l'opinione di quegli Interpreti, virilmente confutati dal Troplong (1), i quali sostituendo la volontà propria a quella della legge sostengono doversi al terzo possessore accordare sempre per intero il rimborso delle spese necessarie. La L. 29, § 2, D. *De pignoribus* più volte citata accorda esplicitamente il diritto di ripetere le spese al possessore di buona fede. L'articolo 2175 al contrario del Codice Napoleone lo attribuisce in genere al terzo possessore. E non essendo lecito al giureconsulto introdurre nelle leggi arbitrarie distinzioni (2), non può restringersi la disposizione del detto articolo al solo possessore di buona fede, ma è duopo applicarla a qualunque terzo possessore di buona o di mala fede. La prima parte del detto articolo accenna evidentemente a qualunque terzo possessore o di buona o di mala fede. Imperocchè, se le deteriorazioni cagionate dal fatto o dalla negligenza del possessore di buona fede dànno luogo ad agire contro di lui per l'indennità, a più forte ragione una tale risponsabilità deve stare a carico del possessore di mala fede. Dunque anche la seconda parte, onde è accordato il diritto di ripetere le spese e i miglioramenti, non può non applicarsi tanto al possessore di buona fede quanto a quello di mala fede, in quanto che il pronome *egli* accenna allo stesso terzo possessore, che deve rispondere delle deteriorazioni (3).

1119. Vediamo ora quali azioni competono al terzo possessore per la ripetizione delle spese e dei miglioramenti. La più parte degli Interpreti del Diritto Romano negano al terzo possessore qualunque azione per ripetere le spese necessarie od utili fatte sulla cosa, e gli accordano semplicemente il gius di ritenzione (4). Questa opinione ha il suo fondamento nella L. 33, D. *De condictione indebiti*, nella quale è dichiarato che il possessore di una eredità non ha altro mezzo per essere indennizzato delle spese fatte sui beni ereditari che il gius di ritenzione (5).

(1) Troplong, art. 2175, n. 838 bis.

(2) Romagnosi, *Condotta delle acque*, § 880.

(3) Troplong, art. 2175, n. 838 ter.

(4) « Non tamen actio, sed sola rerum possessarum retentio et doli exceptio ad recuperandas impensas Jure Romano possessoribus comparata fuit. » (Voet, lib. 5, tit. 3, n. 23.) — Ad expensas recuperandas actio non datur, sed tantum exceptio doli vel rei retentio. » (Brunnemannus ad L. 48, D. lib. 6, tit. 1, n. 1.) — Vinnii Selectar. Jur. Quæst. lib. 1, cap. 13.

(5) « Et ideo constat, si quis cum existimaret se heredem esse, in-

I Commentatori del Codice Napoleone questionano, se in forza della disposizione dell'articolo 2175 abbia il terzo possessore molestato con azione ipotecaria il diritto di ritenzione per le spese e miglioramenti da lui fatti, oppure se debba chiederne il rimborso nel giudizio d'ordine, e se per questo titolo abbia diritto di essere graduato con privilegio sopra tutti i creditori ipotecari. Tarrible (1) ed altri negano per le spese ed i miglioramenti al terzo possessore l'azione di credito e il privilegio sul prezzo del fondo, e fondandosi nella L. 29, D. *De pignoribus*, gli accordano il semplice diritto di ritenzione. Il Grenier (2) confuta energicamente Tarrible e i seguaci di lui, e accorda al terzo possessore il privilegio, non il diritto di ritenzione. Non è diversa la opinione del Persil (3) da quella del Grenier, e a quest'ultimo fa plauso anche il Troplong (4). Il Duranton (5) non accorda al terzo possessore nè un vero privilegio, nè il gius di ritenzione, ma il diritto di separare dal prezzo del fondo il maggior valore risultato dalle spese e dai fatti miglioramenti. Anche gli Annotatori dello Zachariæ (6) s'accordano in questa sentenza. In tale conflitto di opinioni contrarie io a quella m'attengo del Grenier, sebbene non tutti ne accetti gli argomenti da lui addotti. Quando il Codice Napoleone intende di accordare il diritto di ritenzione, dichiara apertamente che chi deve rimborsare al possessore le spese fatte sulla cosa, non può rientrare in possesso se non dopo aver soddisfatto alla sua obbligazione, e ciò fa appunto negli articoli 1673, 1749, 1948. Al contrario colla disposizione dell'articolo 2175 attribuisce semplicemente al terzo possessore il diritto di ripetere le spese ed i miglioramenti da lui fatti sino alla concorrenza del maggior valore che ne è risultato. Il senso della parola *ripetere* viene spie-

sulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo, quam per retentionem impensas servare posse. » (L. 33, D. *De cond. indebiti.*) — L. 48, D. *De rei vindicatione.* — L. 14, D. *De doli mali et metus exceptione.*

(1) Rép. de Jurisp. v. *Privilège de créance*, sect. 4, § 5, n. 2.

(2) « Mais l'opinion qui tend à accorder le privilège sans rétention paraît la plus juste. » (Grenier, tome II, n. 336.)

(3) Art. 2175, n. 6.

(4) Troplong, art. 2175, n. 836.

(5) « En un mot, ce n'est point par voie de privilège proprement dit, mais par voie de distraction sur le prix qu'il est payé. » (Duranton, tome XI, liv. 3, tit. 18, n. 272.)

(6) Note 27, pag. 319, tome I, § 287.

gato colla prima parte dell'articolo 2175, dove è detto che le deteriorazioni cagionate dal fatto o dalla negligenza del terzo possessore in pregiudizio dei creditori ipotecari o privilegiati dànno luogo *ad agire* contro di esso per l'indennità. Come le deteriorazioni dànno diritto ai creditori di agire contro il terzo possessore per l'indennità; così questi ha diritto di agire pel rimborso delle fatte spese, ossia di spiegare la sua dimanda nel giudizio d'ordine. Non può accordarsi il diritto di ritenzione al terzo possessore pel credito delle spese a fronte della disposizione dell'articolo 2169, il quale attribuisce il diritto a qualunque creditore ipotecario di far vendere a carico dello stesso terzo possessore l'immobile ipotecato 30 giorni dopo le intimazioni di cui parla il detto articolo. La sola eccezione legale atta a ritardare la vendita del fondo è quella della escussione. Il risultato dell'azione ipotecaria è diverso da quello dell'azione di rivendicazione, che si intenta da chi ha il gius di dominio sulla cosa posseduta da un terzo. La cosa rivendicata passa dal possessore nelle mani del rivendicante, e vuole la giustizia non meno che l'equità che il terzo possessore, il quale deve cedere la cosa al vero padrone, sia prima da questo rimborsato delle spese fatte sulla cosa. Ripugnerebbe alle regole del giusto e dell'equo che il possessore fosse spogliato del suo possesso prima di ottenere il rimborso delle spese a lui dovute. Al contrario nel caso dell'azione ipotecaria il fondo che viene rilasciato dal terzo possessore non passa nelle mani del creditore ipotecario che promosse il giudizio, ma deve essere venduto secondo le forme prescritte per le spropriazioni in contraddittorio di un amministratore deputato dal Tribunale. Sarebbe contrario all'equità ed alla giustizia che i creditori ipotecari, i quali non sono dopo il rilascio immessi nel possesso del fondo a loro garanzia ipotecato, fossero tenuti ad anticipare del proprio al terzo possessore le spese a lui dovute, mentre essi medesimi devono attender l'esito della vendita del fondo per esser pagati col prezzo dei loro crediti. Non vale opporre la disposizione della L. 29, § 2, D. *De pignoribus* più volte citata. Imperocchè per Diritto Romano il secondo creditore non poteva domandare la vendita del fondo ipotecato se non subentrava, giovandosi del gius di offrire, nei diritti del creditore anteriore (1). Acquistando il terzo possessore in forza delle spese

(1) « Creditor secundus non poterat, invito priore, pignus efficaciter

fatte sul fondo i diritti di una ipoteca privilegiata (1), si spiega facilmente il perchè lo stesso terzo possessore molestato con azione ipotecaria non era costretto a restituire la cosa posseduta, se il creditore non lo rimborsava delle fatte spese. Secondo i principj del Codice Napoleone il diritto di domandare la vendita del fondo ipotecato spetta a qualunque creditore, qualunque sia il suo grado. Vien meno perciò la ragione, onde fu forse animata la disposizione della citata L. 29, D. *De pignoribus* accordando al terzo possessore il gius di ritenzione pel rimborso delle spese fatte sul fondo. Ma se negar devesi al terzo possessore il gius di ritenzione, vuolsi però convenire che il diritto accordatogli dall'articolo 2175 di ripetere le spese si risolve in un credito privilegiato. Questo diritto di ripetizione infatti è indipendente da quel regresso che l'articolo 2178 accorda al terzo possessore contro il debitore principale, ed è esercibile contro i creditori che hanno una ipoteca o un privilegio debitamente inscritto. Ma non potendo i creditori inscritti sul fondo posseduto da un terzo essere personalmente tenuti al rimborso delle spese e miglioramenti fatti sul fondo, il diritto di ripetizione, di cui parla il citato articolo 2175, allora solo verrà esercitato contro i detti creditori, quando dal prezzo ricavato dalla vendita sia prelevata la somma delle spese rimborsabili al terzo possessore. Il quale prelevamento si risolve in sostanza in un diritto di preferenza, ossia in un vero privilegio. Non si dica che sotto l'articolo 2103 non è fatta menzione di un tal privilegio. Risponderò che sotto il detto articolo neppure è fatta parola del privilegio della separazione dei patrimoni accordato ai creditori del defunto debitore ed ai legatari. È verissimo che quanto al privilegio della separazione il legislatore ha rimediato al silenzio dell'articolo 2103 colla disposizione dell'articolo 2111, onde il detto privilegio venne assoggettato all'obbligo della pubblicità; e che la disposizione dell'articolo 2110, come quella che parla tassativamente del privilegio degli architetti, intraprenditori, muratori ed altri operai impiegati nella fabbrica, ricostruzione o ripa-

distrahere, nisi oblatione debiti priori facta. » (Voet, lib. 20, tit. 4, n. 35.) — L. 8, C. *Qui potiores*.

(1) « Interdum posterior potior est priori: ut puta, si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit. » (L. 5, D. *Qui potiores*.)

razione di edifizi o di qualunque altra opera, non è e non può essere applicabile al diritto di ripetizione delle spese accordato dall'articolo 2175, essendo rigorosamente vietata nella materia dei privilegi la interpretazione estensiva. Ma se può giustamente farsi rimprovero al legislatore di non avere sotto l'articolo 2103 fatto cenno del privilegio competente al terzo possessore pel rimborso delle spese fatte sul fondo, e di non avere assoggettato un tale privilegio alla regola comune della pubblicità, è però fuor d'ogni dubbio che senza bisogno di ricorrere alla interpretazione estensiva non puossi negare al terzo possessore il privilegio di cui si parla, in quanto che il diritto di ripetizione accordatogli dall'articolo 2175 contro i creditori ipotecari importa di sua natura la deduzione delle spese fatte dal prezzo ricavato dalla vendita del fondo. La quale deduzione si risolve necessariamente in un diritto di preferenza sopra la massa dei creditori inscritti sul fondo, ossia in un vero privilegio (1).

1120. Per le spese voluttuose il Diritto Romano, sebbene non conceda al terzo possessore il gius di ritenzione, gli accorda però la facoltà di togliere gli aggiunti ornamenti, quando ciò possa farsi senza pregiudizio del fondo (2). Lo stesso diritto viene concesso al terzo possessore dal Persil (3) e da parecchi altri Interpreti del Diritto Francese. Io non credo che la facoltà di togliere gli oggetti di lusso e di ornamento, onde fu abbellito il fondo, possa accordarsi al terzo possessore. Imperocchè, essendo principio inconcusso che l'ipoteca acquistata si estende a tutti i miglioramenti sopravvenuti nell'immobile ipotecato (4), non si può attribuire al terzo possessore la detta facoltà senza far onta al diritto d'ipoteca che colpisce tutte cose, le quali furono aggiunte al fondo gravato. Il terzo possessore può esercitare a parer mio i soli diritti che gli accorda la disposizione dell'articolo 2175.

(1) Le osservazioni qui fatte sotto il n. 1119 intorno alla vera natura dei diritti ed azioni competenti al terzo possessore pel rimborso in faccia ai creditori delle spese e miglioramenti fatti sul fondo varranno a rettificare ciò che dissi nel secondo volume a pag. 81 sotto il n. 348.

(2) L. 9, D. *De imp. in res dot. factis.* — L. 38, L. 27, § 5, L. 37, D. *De rei vindicatione.* — L. 5, C. *De rei vindicatione.* — L. 39, § 1, D. *De hered. petitione.*

(3) Persil, art. 2175, n. 3.

(4) Art. 2133.

1121. Se le deteriorazioni cagionate dal fatto o dalla negligenza del terzo possessore in pregiudizio dei creditori ipotecari dànno luogo ad agire contro di esso per l'indennità nel caso del rilascio, lo stesso diritto non può non competere ai creditori, che dopo il termine stabilito nell'articolo 2169 intentano il giudizio di espropriazione contro il terzo possessore che non fece il rilascio, perchè i diritti dei creditori sul fondo ipotecato sono eguali nell'un caso e nell'altro (1). A più forte ragione anzi deve accordarsi il diritto di agire per l'indennità nel secondo caso, in quanto che il terzo possessore che non fa uso del beneficio del rilascio accordatogli dalla legge come un mezzo di sottrarsi alle conseguenze dell'azione ipotecaria, deve essere trattato con più rigore. Non può dirsi lo stesso del diritto di ripetere le spese ed i miglioramenti concesso al terzo possessore. La condizione del terzo possessore che fa il rilascio è diversa da quella del terzo possessore che subisce il giudizio di espropriazione (2). Nel primo caso la vendita del fondo non si fa a carico del terzo possessore, il quale avendo col rilascio sciolti i vincoli che lo legavano alla sua proprietà ripete il valore dei miglioramenti come un terzo creditore che col fatto suo giovò alla massa dei creditori ipotecari. Nell'altro caso il giudizio di espropriazione si fa contro il terzo possessore per la ragione che l'alienatario, che non fa uso dei rimedi accordatigli dalla legge per sottrarsi all'azione ipotecaria, resta obbligato come possessore a tutti i debiti ipotecari. Come il debitore, contro il quale procedono i creditori all'espropriazione del fondo a loro garanzia ipotecato, non può ripetere le spese ed i miglioramenti fatti sul fondo dopo le costituite ipoteche, così neppure al terzo possessore, che non fece nè il rilascio, nè il giudizio di purgazione, dovrebbe accordarsi un tale diritto in quanto che in questo caso si fa il giudizio di espropriazione contro il terzo possessore come obbligato al pagamento dei debiti ipotecari. Ad ogni modo la disposizione dell'articolo 2177 fornisce un irrepugnabile argomento per attribuire il diritto di ripetere le spese e i miglioramenti tanto al possessore che fa il rilascio, quanto a quello contro il quale fanno i creditori il giudizio di espropriazione. E infatti il citato articolo, di cui si terrà discorso a suo tempo, dispone che le servitù ed i diritti reali, i

(1) Persil, art. 2175, n. 2.
(2) V. N. 1081, pag. 147.

quali competevano al terzo possessore sopra l'immobile prima che ne prendesse possesso, rivivono dopo il rilascio o dopo l'aggiudicazione contro di lui eseguita. Dal quale chiaramente risulta che la legge non fa alcuna differenza tra il terzo possessore che fa il rilascio e quello contro il quale viene fatto il giudizio di espropriazione quanto all'esercizio dei diritti al terzo possessore competenti sul fondo. Se il terzo possessore, a carico del quale viene fatto il giudizio di espropriazione, può far valere, non meno di quello che fa il rilascio, i diritti reali che gli spettavano sopra il fondo prima di prénderne il possesso non ostante che fossero rimasti estinti coll'acquisto del dominio, del pari deve accordarsi all'uno e all'altro il diritto di ripetere le spese ed i miglioramenti. E credo perciò che l'intera disposizione dell'articolo 2175 debba riputarsi comune al terzo possessore che fa il rilascio, non che al terzo possessore, a carico del quale i creditori ipotecari fanno il giudizio di espropriazione (1).

Articolo 2176.

I frutti dell'immobile ipotecato non sono dovuti dal terzo possessore che dal giorno in cui gli fu intimato di pagare o di rilasciare il fondo; e, se la proposta istanza sia stata abbandonata per lo spazio di tre anni, saranno dovuti soltanto dal giorno della nuova intimazione che sarà fatta.

SOMMARIO.

1122. Quali diritti ha il creditore ipotecario secondo le Leggi Romane e il Codice Napoleone sui frutti dell'immobile ipotecato in faccia al terzo possessore? Da qual giorno i detti frutti, o le pensioni che li rappresentano, si immobilizzano a favore dei creditori ipotecari?

1123. Se la proposta azione ipotecaria sia stata abbandonata per lo spazio di tre anni, in tal caso i frutti dell'immobile ipotecato sono

(1) Zachariæ, § 287. — Duranton, tome XI, liv. 3, tit. 18, n. 270.

dovuti dal terzo possessore soltanto dal giorno della nuova intimazione a lui fatta. L'art. 674 del Codice di Procedura non ha portata alcuna modificazione all'ultima parte dell'art. 2176 del Codice Civile.

1122. È principio di romana giurisprudenza che l'ipoteca costituita sopra un fondo si estende altresì sopra i frutti che ne sono un accessorio (1). Ma siccome l'ipoteca non spoglia il debitore nè del dominio, nè del possesso, nè del godimento della cosa ipotecata, così il creditore ha diritto soltanto ai frutti dal giorno dell'intentata azione ipotecaria (2). Il terzo possessore non è perciò tenuto a dar conto dei frutti prima percetti a meno che i frutti stessi non sieno tuttora esistenti (3). Pei frutti consunti il terzo possessore secondo il Diritto Romano non può essere molestato, come quelli cui egli consumò e distrusse per diritto di dominio (4). Il Codice Napoleone non fa alcuna differenza tra i frutti esistenti e i frutti già consunti, quando si tratta di frutti percetti prima della promossa azione ipotecaria, e dichiara in termini generali ed assoluti che i frutti dell'immobile ipotecato non sono dovuti dal terzo possessore che dal giorno in cui gli fu intimato di pagare o di rilasciare il fondo. Per Diritto Romano l'ipoteca poteva anche colpire i beni mobili, e non è quindi meraviglia se la L. 16, § 4, D. *De pignoribus* rende risponsabile il terzo possessore dei frutti raccolti prima della lite, quando sieno ancora esistenti. Secondo i principj del Codice Napoleone il terzo possessore rispetto ai frutti già percetti ed esistenti al momento della intimazione fattagli dal creditore ipotecario è nella stessa condizione in cui trovavasi secondo le massime del Romano Diritto il terzo possessore quanto ai frutti già consunti, e ciò perchè colla semplice percezione i frutti già staccati dal fondo, di cui facevano parte, acquistano il carattere di beni mobili inca-

(1) « Quando creditori prædium est obligatum, etiam fructus naturales per consequentiam videntur obligati. » (Brunnemannus ad L. 3, C. lib. 8, tit. 15, n. 1.) — L. 29, § 1, D. *De pignoribus*.

(2) Voet, lib. 20, tit. 1, n. 3.

(3) « Interdum etiam de fructibus arbitrari debet Judex: ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. Nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronunciare, nisi exstent, et res non sufficit. » (L. 16, § 4, D. *De pignoribus*.)

(4) Brunnemannus ad L. 1, § 2, D. lib. 20, tit. 1, n. 7.

paci d'ipoteca e perciò non soggetti all'azione ipotecaria. La disposizione dell'articolo 2176 dando diritto al creditore sui frutti del fondo ipotecato dal giorno in cui fu intimato al terzo possessore di pagare il debito o di rilasciare il fondo immobilizza gli stessi frutti (1). Quando i frutti percetti dopo la detta intimazione dovessero considerarsi come beni mobili, nessun diritto su di essi vantar potrebbe il creditore ipotecario, perchè non può aver luogo l'ipoteca sopra i beni mobili, e l'azione reale ipotecaria non può esercitarsi contro il terzo possessore di beni mobili (2). E perciò appunto che i frutti del fondo ipotecato si immobilizzano a favore del creditore ipotecario dal giorno della detta intimazione, è chiaro che il relativo prezzo al pari del prezzo del fondo deve assegnarsi ai creditori ipotecari non già per contributo, ma secondo i gradi delle rispettive ipoteche (3). Nè può seguirsi la opinione del Tarrible (4), il quale sostiene che i soli frutti immobilizzati sono quelli che maturano dopo la denunzia fatta al debitore pignorato in conformità dell'articolo 689 del Codice di Procedura. Quest'articolo, il quale dispone che i frutti maturati dopo la denunzia fatta al debitore pignorato sortono la natura dello stabile per essere distribuiti unitamente al prezzo di questo ai creditori secondo il loro ordine d'ipoteca, contempla il pignoramento degli stabili fatto in odio del debitore, ed in questo caso solo dal giorno della denunzia fatta allo stesso debitore i frutti s'immobilizzano. L'articolo 2176 considera il creditore ipotecario in faccia non al debitore, ma al terzo possessore, e dichiarando che i frutti del fondo sono dovuti dal terzo possessore dal giorno in cui gli fu intimato di pagare o di rilasciare il fondo, i frutti rimangono necessariamente immobilizzati dal giorno della stessa intimazione, qualunque sieno le disposizioni del Codice di Procedura relative al pignoramento degli stabili. Dico che rimangono *necessariamente immobilizzati*, perchè il creditore ipotecario non può aver diritto di chieder conto di beni mobili ad un terzo possessore. Convince maggiormente dell'errore del Tarrible la conseguenza che egli logicamente ne deduce, cioè che i frutti maturati dal giorno dell'inti-

(1) Troplong, art. 2176, n. 840.
(2) Art. 2119.
(3) Troplong, art. 2176, n. 840 bis.
(4) Rép., *Tiers détenteur*, n. 73.

mazione al terzo possessore, della quale parla l'articolo 2176, devono distribuirsi per contributo tra i creditori ipotecari ed i chirografari come cosa mobile, e che i soli frutti maturati dopo la denunzia fatta al debitore conformemente all'articolo 689 del Codice di Procedura vanno distribuiti ai creditori ipotecari secondo l'ordine delle rispettive ipoteche. Io dimando: come può stare che i creditori chirografari possano aver diritto su beni esistenti in mano di un terzo possessore? Chi non vede che la conseguenza, la quale dalla proposizione del Tarrible direttamente deriva, rompe contro la massima incontrastabile del Diritto, onde i creditori chirografari nessuna ragione, nessuna azione esercitar possono sui beni passati in mano di un terzo possessore? Tengasi dunque che i frutti dovuti dal terzo possessore dal giorno della intimazione a lui fatta di pagare il debito o di rilasciare il fondo restano per legge immobilizzati dal detto giorno, e devono unitamente al prezzo del fondo essere distribuiti ai creditori ipotecari secondo l'ordine delle rispettive ipoteche. Se il fondo del terzo possessore è affittato, corre la stessa massima, perchè le pensioni e i fitti sono frutti civili (1), che devono assegnarsi a quelli stessi, che hanno diritto ai frutti naturali e industriali. E come le pensioni o i fitti scaduti dopo la denunzia fatta al debitore pignorato si considerano come stabili giusta la disposizione dell'articolo 691 del Codice di Procedura e si convertono nel modo prescritto dall'articolo 689 dello stesso Codice pei frutti naturali; così anche nel caso di affitto del fondo del terzo possessore le pensioni o i fitti scaduti dopo la intimazione di pagare il debito o di rilasciare il fondo fatta allo stesso terzo possessore saranno dovuti ai creditori ipotecari (2).

1123. Se la proposta azione ipotecaria sia stata abbandonata per lo spazio di tre anni, in tal caso i frutti dell'immobile ipotecato sono dovuti dal terzo possessore soltanto dal giorno della nuova intimazione che a lui verrà fatta. È nato il dubbio, se questa massima stabilita nell'ultima parte dell'articolo 2176 sia stata modificata dall'articolo 674 del Codice di Procedura, il quale dispone che se il creditore lascia decorrere più di tre mesi tra il precetto ed il pignoramento, è tenuto di reiterare il pre-

(1) « Prædiorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur. » (L. 36, D. *De usuris.*) — Brunnemannus ad L. 62, D. lib. 6, tit. 1, n. 3.)
(2) Troplong, art. 2176, n. 840 ter.

cetto nelle forme e col termine indicati nell'antecedente articolo 673. Ma siccome l'articolo 674 del Codice di Procedura accenna semplicemente al precetto fatto al debitore, laddove l'articolo 2176 del Codice Civile contempla la intimazione di pagare il debito o di rilasciare il fondo fatta al terzo possessore dell' immobile ipotecato; così non può aversi per abrogata o modificata la disposizione dell'articolo 2176 del Codice Civile da quella dell'articolo 674 del Codice di Procedura (1).

Articolo 2177.

La servitù ed i diritti reali i quali competevano al terzo possessore sopra l'immobile prima che ne prendesse possesso, rivivono dopo il rilascio del fondo o dopo l'aggiudicazione contro lui eseguita.

I suoi creditori particolari esercitano la loro ipoteca secondo il loro grado sopra i fondi rilasciati o aggiudicati, dopo tutti quelli che si trovano inscritti a carico dei precedenti proprietari.

SOMMARIO.

1124. Per qual motivo le servitù ed i diritti reali, i quali competevano al terzo possessore sopra l'immobile prima che ne prendesse possesso, rivivono dopo il rilascio del fondo, o *dopo l'aggiudicazione contro lui eseguita?* Quale è il vero significato delle parole, che si leggono nell'art. 2177 — o *dopo l'aggiudicazione contro lui eseguita?* — Critica della disposizione del detto articolo in quanto richiama in vita i diritti del terzo possessore nel caso della aggiudicazione fatta contro il medesimo.

1125. Il terzo possessore però non può far uso dei diritti rinati, se non furono debitamente conservati colla rinnovazione delle relative inscrizioni.

1126. Gl'Interpreti non sono d'accordo nella spiegazione della secon-

(1) Persil, art. 2176, n. 3.

da parte dell'art. 2177. Si confuta la opinione del Troplong contraria al testo della legge, ma si censura la massima stabilita dal legislatore colla citata disposizione.

1127. I creditori chirografari dell'alienante non hanno alcun diritto sul residuo prezzo del fondo rilasciato dal terzo possessore, non ostante che sieno rimasti per intero pagati i creditori tutti ipotecari tanto dell'alienante, quanto del terzo possessore.

1128. Le servitù prediali imposte dal terzo possessore rimangono ferme anche dopo il rilascio del fondo o dopo l'aggiudicazione contro di lui eseguita, salvo solo ai creditori ipotecari dei precedenti proprietari il diritto di agire contro lo stesso terzo possessore per la dovuta indennità.

1124. La servitù prediale è un carico imposto sopra un fondo per l'uso e utilità di un altro fondo appartenente ad altro proprietario (1). Ond'è che non vi può essere servitù senza due fondi, l'uno dominante, e l'altro serviente (2). Da ciò deriva la conseguenza che la confusione, la quale si opera allora quando si riunisce in una sola persona la proprietà del fondo dominante e quella del fondo serviente, è uno dei modi naturali, onde si estinguono le servitù (3). Anche l'ipoteca è un diritto reale costituito a garanzia di un creditore sopra gli altrui beni immobili (4), e necessariamente si estingue, quando il creditore diventa padrone della cosa ipotecata (5), per la ragione che l'ipoteca non può appoggiarsi su di una cosa propria (6). Ma è principio di Diritto Romano che i diritti reali già estinti in forza della confusione rinascono a nuova vita qualunque volta non ha effetto o si risolve

(1) Art. 637.

(2) L. 26, D. *De servit. præd. urbanorum.* — Romagnosi, *Condotta delle acque*, § 156. — L. 5, § 1; L. 33, § 1, D. *De servit. præd. rusticorum.* — L. 3, e L. 6, pr. D. *Com. prædiorum.* — L. 2, § 1; L. 16, D. *Si serv. vindicetur.* — L. 5, pr. D. *Si ususf. petatur.*

(3) Art. 705. — L. 1, e L. 15, D. *Quem. serv. amittantur.* — L. 30, pr. D. *De servit. præd. urbanorum.* — L. 27, e L. 31, D. *De serv. præd. rusticorum.* — L. 10 infine D. *Com. prædiorum.* — L. 4, D. *Ususf. quem caveat.*

(4) L. 12, pr. D. *De distrac. pignorum.* — L. 9, C. *De pigneratitia.*

(5) « Neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. » (L. 30, in fine, D. *De excep. rei judicatæ.*) — L. 29, D. *De pigneratitia.* — Voet, lib. 20, tit. 6, n. 1.

(6) « Pignus rei suæ consistere non potest. » (L. 45, D. *De div. reg. Juris.*)

il dominio che fu causa della stessa confusione (1). Attenendosi a questo principio della romana giurisprudenza il Codice Napoleone dichiara nell' articolo 2177 che le servitù ed i diritti reali, i quali competevano al terzo possessore sopra l' immobile prima che ne prendesse possesso, rivivono dopo il rilascio del fondo o dopo l' aggiudicazione contro lui eseguita. Il rilascio eseguito dal terzo possessore risolve, come più sopra fu avvertito, il contratto onde fu trasferito nello stesso terzo possessore il dominio del fondo. È dunque giusto che rivivano dopo il rilascio i diritti reali che aveva sopra il fondo il terzo possessore prima dell'acquisto (2). Secondo la citata disposizione dell' articolo 2177 i diritti reali che competevano al terzo possessore sopra l' immobile prima che ne prendesse possesso, non rivivono solamente dopo il rilascio del fondo, ma altresì *dopo l' aggiudicazione contro lui eseguita*. Quale è il significato di queste parole — *dopo l' aggiudicazione contro lui eseguita?* — Siccome il rilascio del fondo, finchè non è seguita l' aggiudicazione, non impedisce che il terzo possessore possa riprenderlo pagando l' intero debito e le spese; così il Grenier considera gli effetti del rilascio in due tempi, cioè prima e dopo la definitiva aggiudicazione (3). Prima della aggiudicazione

(1) « Si ei, cujus prædium mihi serviebat, heres exstiti, et eam hereditatem tibi vendidi, restitui in pristinum statum servitus debet, quia id agitur, ut quasi tu heres videaris exstitisse. » (L. 9, D. *Com. prœdiorum.*) — L. 116, § 4, D. *De leg. et fideicomissis* 1. — L. 18, D. *De servitutibus.* — L. 57, pr. D. *De usuf. et quem. quis utatur.* — L. 22, C. *De inof. testamento.*

(2) « In pristinam causam res redit, resoluta venditione. » (L. 10, § 1, D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solvitur.*) — « Facta redhibitione, omnia in integrum restituuntur: perinde ac si neque emtio, neque venditio intercessit. » (L. 60, D. *De Aed. Edicto.*) — « Si resolvatur venditio, et res cum eadem causa ad venditorem redeat, ut dominium ad debitorem, ita jus pignoris ad creditorem redit, exemplo redhibitionis. » (Brunnemannus ad L. 10, D. lib. 20, tit. 6, n. 1.)

(3) « On vient de voir que la loi, dans cet art. 2177, a marqué deux temps à chacun desquels les droits du tiers détenteur et ceux de ses créanciers peuvent être exercés, savoir, *après le délaissement, ou après l'adjudication.* Cette fixation disjonctive ne présente ni superfluité, ni contradiction. Les droits dont il y est parlé renaissent après le délaissement, comme après l'adjudication, avec cette seule différence, que cette renaissance de droits, après le délaissement seulement, n'a pas un caractère fixe et définitif,... au lieu qu'après l'adjudication, la renaissance des

ha luogo la reviviscenza dei diritti reali del terzo possessore, ma questa ha un carattere provvisorio e non definitivo, appunto perchè il terzo possessore può riprendere il fondo, e perdere di nuovo i diritti resuscitati col rilascio. Dopo l'aggiudicazione la reviviscenza è assoluta e decisiva, non potendo più il terzo possessore riprendere l'immobile aggiudicato. Il Grenier pertanto riferisce le citate parole dell'articolo 2177 — *dopo l' aggiudicazione contro lui eseguita* — alla reviviscenza definitiva ed irrevocabile dei diritti reali del terzo possessore, la quale avviene non subito dopo il rilascio, ma dopo l'aggiudicazione del fondo rilasciato. Mi pare che alla spiegazione del Grenier si oppongano le parole — *contro lui eseguita,* — le quali accennano evidentemente all' aggiudicazione che si fa contro il terzo possessore. E l'aggiudicazione si opera contro il terzo possessore, quando questi non fece il rilascio del fondo, perchè in questo caso i creditori inscritti hanno diritto di far vendere a carico di lui l'immobile ipotecato (1), laddove nel caso del rilascio si procede alla vendita del fondo in contraddittorio del deputato amministratore (2). Del resto, quando le ultime parole — *o dopo l'aggiudicazione contro lui eseguita* — riferir si dovessero all' aggiudicazione che ha luogo dopo il rilascio, non si troverebbe la ragione di una tale aggiunta. Imperocchè, se il semplice rilascio anche prima dell' aggiudicazione ha forza di ritornare in vita gli spenti diritti del terzo possessore, non ostante che questi sia ancora in tempo di riprendere il fondo finchè non è seguita l'aggiudicazione, a più forte ragione la reviviscenza deve aver luogo quando il rilascio fu susseguito dall' aggiudicazione, perchè in questo caso il terzo possessore ha perduto persino la speranza di riprendere l'immobile. Dai due membri pertanto — *dopo il rilascio o dopo l' aggiudicazione contro lui eseguita* — è forza il concludere che la reviviscenza dei diritti reali, che al terzo possessore competevano sul fondo prima dell' acquisto, ha luogo tanto dopo il rilascio, quanto dopo l'aggiudicazione eseguita in difetto di rilascio contro lo stesso terzo possessore (3). Ma se è giusta la disposizione dell' articolo 2177

droits est définitive, tout espoir de recouvrer l'héritage étant perdu pour le tiers détenteur. » (Grenier, tome II, n. 330.)

(1) Art. 2169.

(2) Art. 2174.

(3) Zachariæ, § 287.

nella parte che fa rivivere dopo il rilascio del fondo i diritti reali già competenti al momento dell' acquisto al terzo possessore, altrettanto non può dirsi della reviviscenza estesa al caso dell' aggiudicazione eseguita contro lo stesso terzo possessore. E infatti totalmente diversa è la condizione del terzo possessore che fa il rilascio, da quella del terzo possessore che non si giova di un tale rimedio concessogli dall' equità della legge. Il terzo possessore che fa il rilascio rompe i vincoli che lo legavano al fondo, e si sottrae con tal mezzo all' obbligo di pagare i debiti ipotecari, onde il fondo stesso è gravato. Risolvendosi col rilascio il contratto, onde il terzo possessore acquistò la proprietà del fondo, vien meno la causa che produsse l' estinzione dei diritti reali già al medesimo spettanti (1). Devono perciò rivivere i diritti già spenti giusta il noto principio—*cessante causa, cessat effectus* (2).— Quando il terzo possessore per sottrarsi all' obbligo di pagare i debiti ipotecari fa il rilascio del fondo gravato, contro chi i creditori ipotecari devono fare il giudizio di espropriazione? Forse contro il terzo possessore, che non si prestò al chiesto pagamento? No certamente. Slegandosi dal fondo in forza del rilascio, il terzo possessore non obbligato personalmente rimane sciolto dalla obbligazione che gl' imponeva la qualità di possessore in faccia ai creditori ipotecari, i quali di conseguenza devono domandare la nomina di un amministratore del fondo rilasciato, e in contraddittorio del medesimo procedere alla vendita secondo le forme prescritte per le espropriazioni (3). Al contrario il terzo possessore che non fa il rilascio resta proprietario e possessore dell' immobile ipotecato anche dopo l' azione intentata dal creditore ipotecario, il quale ha perciò il diritto di far vendere il fondo a carico dello stesso terzo possessore. Restando il terzo possessore proprietario dell' immobile non rilasciato, dura nella sua integrità la causa della confusione, che estinse i diritti reali allo stesso terzo possessore già competenti. E se dura ed è sempre verde e viva la causa della confusione che si operò nel momento della trasmissione della proprietà dal debitore alienante nel cre-

(1) « In pristinam causam res redit, resoluta venditione. » (L. 10, § 1, D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur*.)

(2) Brunnemannus ad L. 11, C. lib. 8, tit. 26, n. 4.

(3) Grenier, tome II, n. 324.

ditore alienatario, per qual ragione devono rivivere gli spenti diritti reali dello stesso alienatario? Nel caso del giudizio di espropriazione fatto dal creditore ipotecario contro il terzo possessore che non fece il rilascio manca il fondamento e la causa a cui è appoggiata la reviviscenza dei diritti reali del terzo possessore che rilascia il fondo. Ma forse l'equità consigliava il legislatore ad accordare al terzo possessore nell'un caso e nell'altro il beneficio della reviviscenza dei diritti già spenti? Neppure. Dispone la legge che il terzo possessore è in vigore della sola inscrizione obbligato come possessore a tutti i debiti ipotecari (1); ma dichiara altresì che il medesimo è gravato da una tale obbligazione se non adempie alle formalità del giudizio di purgazione. Può dunque il terzo possessore restar sciolto da qualunque obbligo in faccia ai creditori ipotecari, usando il rimedio che la legge gli dà in mano per liberare l'acquistata proprietà dai pesi ipotecari. Non basta: anche al terzo possessore che non vuol fare il giudizio di purgazione è lasciato aperto il campo a sottrarsi alla responsabilità e al pagamento dei debiti ipotecari. Imperocchè a lui comecchè obbligato al pagamento dei debiti ipotecari la legge accorda l'alternativa o di pagare tutti gl'interessi e capitali esigibili, o di rilasciare senza alcuna riserva l'immobile ipotecato (2). Mediante il rilascio il terzo possessore che non fece il giudizio di purgazione si libera interamente da qualunque obbligo verso i creditori ipotecari (3). Allora solo il terzo possessore è irrevocabilmente tenuto al pagamento dei debiti ipotecari quando non fa nè il giudizio di purgazione, nè il rilascio dell'immobile ipotecato. E in questo caso la legge accorda il diritto al creditore ipotecario di procedere in odio del terzo possessore al giudizio di espropriazione (4), appunto perchè la spropriazione è la sorte riservata ai debitori che mancano al dovuto pagamento (5). La espropriazione è la pena, a cui è condannato il terzo possessore, che non paga i debiti ipotecari, nè si giova dei rimedi datigli dalla legge per liberarsi dagli obblighi che gl'impone la condizione di posses-

(1) Art. 2167.
(2) Art. 2168.
(3) Persil, art. 2167, 2168, n. 4.
(4) Duranton, tome XI, liv. 3, tit. 18. n. 233.
(5) Duranton, tome XI, liv. 3, tit 19, n. 37.

sore (1). Ripugna adunque che il terzo possessore, il quale, posti in non cale i benefizi offertigli dalla legge, subisce l'espropriazione in pena dell'inadempimento degli obblighi che ha come possessore verso i creditori ipotecari, debba godere gli stessi vantaggi e favori accordati dalla equità del legislatore al terzo possessore, che col rilascio si emancipa dalla proprietà della cosa, il cui acquisto fu l'unica causa della estinzione dei diritti reali già a lui competenti. Nè il terzo possessore, che non fa nè il giudizio di purgazione, nè il rilascio, potrebbe dolersi della durezza della legge, quando la reviviscenza dei diritti già spenti fosse accordata nel solo caso del fatto rilascio, e negata nell'altro della subita espropriazione. Imperocchè chi è in colpa, se i creditori ipotecari fanno uso contro il terzo possessore dell'odioso diritto della espropriazione? Non altri certamente che lo stesso terzo possessore, il quale non si curò di sottrarsi all'obbligo del pagamento dei debiti ipotecari usando dei benefizi che la legge gli concedeva. Il legislatore indicò al terzo possessore il modo di purgare l'acquistata proprietà dai debiti sulla stessa garantiti, e di togliersi per sempre al pericolo delle azioni ipotecarie. Il rimedio della purgazione di per sè solo bastava a mettere in salvo il terzo possessore. Eppure la legge soverchiamente indulgente viene ancora in soccorso del terzo possessore che non fa il giudizio di purgazione, e un'ultima tavola gli dà in mano che può camparlo dal naufragio. Questa tavola di salvezza è il benefizio del rilascio. Se il terzo possessore, che non purgò il fondo, a quest'ultima tavola non s'attacca offertagli dalla benignità del legislatore, non della durezza della legge, ma della colpa propria doler si dovrebbe, se non gli fosse dato di ricuperare i diritti che gli competevano sul fondo prima dell'acquisto. Potrebbero a lui applicarsi le severe parole che Giustiniano pronunzia nella L. 11, C. *De rem. pignoris* contro il creditore che dato una volta l'assenso all'alienazione del fondo ipotecato pretende ricuperare il diritto dell'ipoteca già estinta, se per una nuova causa qualunque la cosa ipotecata ritorna in potere del primo debitore: « Nobis autem visum est, eum, qui semel consensit alienationi hypothecæ, et hoc modo suum jus respuit; indignum esse eamdem rem, utpote ab initio ei suppositam, vindicare, vel tenentem inquietare. » Il terzo

(1) Troplong, art. 2169, n. 790, 793. — Duranton, tome XI, liv. 3, tit. 18, n. 234, n. 251. — Persil, art. 2169, n. 2.

possessore, il quale disprezzò il suo diritto non facendo nè il giudizio di purgazione, nè il rilascio, non può pretendere che il legislatore operi per lui il miracolo della reviviscenza dei diritti reali già spenti per la confusione. Una tale reviviscenza è assolutamente inconciliabile e incompatibile colla condizione del terzo possessore, che subisce la espropriazione del fondo ipotecato. Imperocchè il terzo possessore che non fa il rilascio è tenuto a pagare i debiti ipotecari, qualunque sia la somma a cui possano salire, e soggiace perciò come debitore al giudizio di espropriazione mancando al dovuto pagamento. Ora l'esercizio dei diritti del terzo possessore richiamati in vita dalla legge in pregiudizio degli altri creditori ipotecari non è in contraddizione coll' obbligo assoluto di pagare i debiti ipotecari imposto dalla legge al terzo possessore che non fa il rilascio? E se è vero che la legge deve essere un tutto armonico, come diceva saggiamente l'illustre Wolowski nella seduta dell' Assemblea legislativa dell' ultima Repubblica Francese dell' 8 gennaio 1851 (1), nessuno potrà a parer mio lodare la disposizione dell' articolo 2177 nella parte che fa rivivere dopo l' aggiudicazione eseguita contro il terzo possessore i diritti reali che al medesimo competevano sopra l' immobile prima di prenderne possesso, in quanto che una tale disposizione evidentemente discorda con quelle degli articoli 2167, 2168 e 2169, le quali condannano il terzo possessore, che non fece il rilascio del fondo nè il giudizio di purgazione, al pagamento di tutti i debiti ipotecari, senza alcun riguardo o al loro ammontare o al valore del fondo ipotecato.

1125. Vuolsi però ripeter qui ciò che altra volta ho detto (2), che cioè il terzo possessore non potrà far uso dei diritti rinati dopo il rilascio del fondo o dopo l' aggiudicazione contro lui eseguita, se non furono debitamente conservati colla rinnovazione delle relative inscrizioni. Imperocchè i diritti ipotecari del terzo possessore, che deposto l' abito di acquirente del fondo ipotecato intende comparire nel giudizio d' ordine colla veste di creditore, non possono in alcun modo essere dispensati dalla regola generale della inscrizione e successiva rinnovazione, a cui furono subordinati i privilegi e le ipoteche. Nell' attuale Sistema Ipotecario i privilegi e le ipoteche si hanno per non esistenti quando non

(1) « La loi est un tout harmonique. » (Moniteur, n. 9, 9 janvier 1851.)
(2) Vol. IV, n. 994, pag. 403.

sono vestiti della inscrizione (1), e la inscrizione non ha alcun effetto, se non venne debitamente rinnovata prima della scadenza di un decennio dalla sua data. La legge può far rivivere i diritti reali del terzo possessore spenti in forza della confusione avvenuta al momento dell'acquisto, perchè la volontà sola del legislatore basta ad infondere di bel nuovo l'alito della vita ad un diritto che è cosa incorporea e spirituale (2). Ma quando del diritto estinto rimase altresì rosa e cancellata dal tarlo del tempo la forma materiale, a cui diede essere ed atto la mano dell'uomo, la nuova vita inspiratagli dalla legge non può essere al terzo possessore utile ed efficace, perchè il volere del legislatore non può avere tanto di forza da restituire la primitiva esistenza alla distrutta forma materiale, che del diritto già richiamato a nuova vita costituiva una qualità inseparabile ed essenziale alla sua efficacia. Se pertanto il terzo possessore nell'intervallo corso dall'epoca del fatto acquisto a quella del rilascio o dell'aggiudicazione lasciò morire per difetto di rinnovazione le inscrizioni delle ipoteche o dei privilegi già a lui competenti sull'immobile acquistato, non potrà trarre alcun giovamento dalla disposizione dell'articolo 2177, per la ragione che a nulla giovano i diritti ipotecari, comecchè legittimamente costituiti, se non sieno resi efficaci dalla forma materiale della inscrizione (3). Si oppone da alcuni, che il creditore dopo l'acquisto dell'immobile a sua garanzia ipotecato non è più in diritto di rinnovare la inscrizione della sua ipoteca, la quale in forza della confusione rimase estinta, e che perciò la disposizione dell'articolo 2177 deve avere tutto il suo effetto in favore del terzo possessore, sebbene la inscrizione del suo credito sia andata perenta prima del rilascio o dell'aggiudicazione. Questa obbiezione non è di alcun peso. Imperocchè la confusione che si opera mediante l'acquisto che fa il creditore dell'immobile ipotecato non è assoluta ed irrevocabile, e ciò in forza della disposizione dell'articolo 2177 che fa rivivere dopo il rilascio del fondo o dopo l'aggiudicazione eseguita contro il terzo possessore i diritti reali già al medesimo competenti. Se la confusione è risolubile, se possono rinascere

(1) Persil, art. 2134, n. 1. — Troplong, art. 2146, n. 950; art. 2154, n. 726 bis.

(2) Instit. lib. 2, tit 2, § 2.

(3) Troplong, art. 2177, n. 842.

quando che sia gli spenti diritti che l'alienatario aveva sul fondo prima di prenderne il possesso, questi quanto ai detti diritti trovasi nella condizione di un creditore condizionale, il quale può prima che siasi verificata la condizione esercitare tutti gli atti che tendono a conservare i sospesi diritti (1). Potrà dunque il creditore che acquista l'immobile ipotecato a sua garanzia rinnovare, non ostante l'avvenuta confusione, le inscrizioni delle ipoteche accese a sicurezza de' suoi crediti (2), essendo una tale rinnovazione necessaria alla conservazione di diritti, che sebbene per confusione estinti potrebbero un giorno rinascere a nuova vita.

1126. Può darsi che sul fondo rilasciato o aggiudicato concorrano i creditori ipotecari del venditore coi creditori particolari del terzo possessore. Prevedendo la legge questo conflitto dichiara nella seconda parte dell'articolo 2177 che i creditori particolari del terzo possessore esercitano la loro ipoteca secondo il loro grado dopo tutti quelli che si trovano inscritti a carico dei precedenti proprietari. Questa disposizione ha dato luogo ad una seria ed importantissima questione. Il Persil senza esitanza sostiene che il legislatore accorda la preferenza alla massa dei creditori ipotecari dell'alienante, sì veramente che abbiano accesa l'inscrizione entro i 15 giorni dalla trascrizione del contratto, sopra quella dei creditori particolari dell'alienatario, senza alcun riguardo alla data anteriore delle inscrizoni accese da questi ultimi (3). Il Troplong dice che la seconda parte dell'articolo 2177, fatta astrazione dall'articolo 834 del Codice di Procedura, non può presentare alcuna difficoltà, perchè secondo il Codice Civile la vendita purga *ipso jure* il fondo venduto dalle ipoteche non inscritte, e così i creditori particolari dell'alienatario non possono venire in conflitto se non coi creditori dell'alienante inscritti prima della alienazione. Ma dopo la modificazione portata al detto principio del Codice Civile dal citato articolo 834 del Codice di Procedura, che dà facoltà ai creditori dell'alienante di accendere le inscrizioni entro 15 giorni dalla trascrizione del contratto, pensa il Troplong che debba star ferma la massima generale stabilita dall'articolo 2134 del Codice Civile, secondo la quale la

(1) Art. 1180.
(2) Duranton, tome XI, liv 3, tit. 18, n. 279.
(3) Persil, art. 2177, n. 2.

sola misura dei gradi da assegnarsi ai creditori ipotecari è la data della inscrizione, e che perciò i creditori particolari dell'alienatario debbano essere preferiti di grado ai creditori ipotecari dell'alienante, quando l'inscrizione di questi ultimi sia posteriore di data a quella dei primi (1). Conforme alla opinione del Troplong è una Decisione del Supremo Tribunale di Parma del 18 agosto 1837 (2). Io alla opinione m'attengo del Persil, che è anche quella del Duranton (3). È verissimo che in forza dei principj del Codice Civile il fondo alienato rimane *ipso jure* purgato dalle ipoteche non inscritte al momento dell'alienazione, ma da ciò non deriva la conseguenza che ne trae il Troplong, che cioè i creditori dell'alienatario non possono trovarsi in collisione e in conflitto che coi creditori dell'alienante anteriormente inscritti (4). E infatti suppongasi il seguente caso:

(1) Troplong, art. 2177, n. 843.

(2) « Considerando..... che invano si adduce in contrario il § 2 dell'art 2177, pretendendosi dedurre dal medesimo, che in qualsivoglia caso i creditori personali del terzo detentore non possono primeggiare quelli de' precedenti proprietari. L'oggetto di siffatta disposizione si è quello apparentemente di far conoscere che i creditori personali del terzo detentore non sono esclusi dall'esercitare le loro ipoteche sul fondo abbandonato o pignorato, e se li ammette dopo i creditori de' precedenti proprietari, esige però che questi sieno già inscritti. Del resto ella è comune dottrina de' migliori interpreti dell'invocato articolo, sanzionata poi dal corrispondente 2243 del Codice Civile Parmense, che i creditori, sieno poi inscritti contro il terzo detentore, oppure lo sieno contro gli autori di lui, tutti esercitano i diritti d'ipoteca secondo il grado che a ciascuno attribuisce la rispettiva inscrizione; — « Che, ove una tale massima non fosse osservata, ne verrebbe il massimo inconveniente, che, mentre le inscrizioni sono la base della pubblica confidenza, il sovventore che accetta con sicurezza l'ipoteca del sovvenuto, per non trovarne inscritta verun'altra contro il precedente proprietario, si vedrebbe, in caso di abbandono o pignoramento del fondo ipotecato, bene spesso spogliato de' suoi diritti coll'essere posposto al creditore di quest'ultimo, sebbene posteriormente inscritto. » (Vedi la Raccolta dell'illustre Professore Niccolosi, vol. VII, anno 1837, pag. 311.)

(3) Tome XI, liv. 3, tit. 18, n. 280.

(4) « Cette disposition est fort simple et fort rationnelle quand on se réfère au système consacré par le Code Civil; savoir, que la vente purgeait toutes les hypothèques non inscrites. Dès lors, les créanciers personnels du tiers détenteur ne pouvaient entrer en lutte qu'avec des créanciers du précédent propriétaire inscrits avant eux, et toute difficulté s'évanouissait. » (Troplong, art. 2177, n. 843.)

Tizio si unisce in matrimonio con Caia il 2 gennaio 1855, la quale nello stesso giorno accende la sua ipoteca legale sopra tutti i beni immobili del marito presenti e futuri. Nell'anno 1857 lo stesso Tizio compra da Paolo il fondo B, sul quale era stata inscritta nel 1856 l'ipoteca di Giulio creditore dell'alienante. Nel 1858 si fa il giudizio di espropriazione a carico dell'alienatario Tizio ad istanza di Giulio che intentò contro di lui l'azione ipotecaria. Nel giudizio d'ordine si trovano in lotta Caia creditrice dell'acquirente Tizio, e Giulio creditore dell'alienante Paolo. Io dimando al Troplong: l'ipoteca di Caia da qual giorno prende la data? Egli mi risponde: dal giorno del matrimonio, ossia dal 2 gennaio 1855, perchè l'ipoteca legale generale prende rango dallo stesso giorno tanto sui beni presenti, quanto sui beni posteriormente acquistati dal debitore (1). Dunque sul fondo B si troverà in collisione l'ipoteca di Caia nata nel 1855 coll'ipoteca di Giulio inscritta nel 1856, e però secondo il principio dell'articolo 2134 invocato dal Troplong dovrebbe darsi a Caia la preferenza, non ostante che Giulio sia creditore di Paolo alienante. Le disposizioni degli articoli 2122, 2148, 2134 conducono a questo risultato che non può essere impugnato dal Troplong. Come può egli dunque asserire che secondo i principj del Codice Civile i creditori dell'alienante non possono mai temere di essere vinti da creditori anteriori del terzo detentore? D'altra parte se fosse vera la proposizione del Troplong, la seconda parte dell'articolo 2177 riuscirebbe vana ed inutile. A qual fine infatti avrebbe il legislatore proclamato il principio che i creditori particolari del terzo possessore esercitano la loro ipoteca secondo il loro grado sopra i fondi rilasciati o aggiudicati dopo tutti quelli che si trovano inscritti a carico dei precedenti proprietari, quando fosse impossibile il concorso ed il conflitto dei creditori particolari del terzo possessore con creditori dell'alienante aventi una inscrizione posteriore? Nè all'applicazione del detto principio può fare ostacolo, come pretende il Troplong (2), la disposizione dell'articolo 834 del Codice di Procedura, il quale non ebbe altro scopo che di prolungare la vita delle ipoteche non inscritte esistenti a carico dell'alienante, permettendo la loro inscrizione anche dopo l'alienazione entro il termine di 15 giorni dalla trascrizione del con-

(1) Troplong, art. 2148, n. 691.
(2) Troplong, art. 2177, n. 843.

tratto, onde fu trasferito il dominio nel terzo possessore. Il grado di queste ipoteche inscritte entro il termine stabilito dal detto articolo 834 del Codice di Procedura è subordinato alle massime onde il Codice Civile regola la sorte dei creditori ipotecari efficacemente inscritti prima della alienazione. Per fissare il grado dei creditori dell'alienante inscritti nel termine dei 15 giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione, a che invoca il Troplong come regola invariabile la disposizione dell'articolo 2134, mentre questa regola è modificata nel Codice Civile colla disposizione dell'articolo 2177 nel caso appunto di conflitto dei creditori dell'alienante coi creditori particolari dell'alienatario? Il Troplong non può negare alle ipoteche inscritte dopo l'alienazione nel termine dei 15 giorni dalla trascrizione lo stesso valore ed efficacia che hanno le ipoteche inscritte a carico dell'alienante prima della alienazione. È questo il risultato dell'articolo 834 del Codice di Procedura. Se pertanto alle ipoteche inscritte prima della alienazione deve assegnarsi un posto di preferenza sopra qualunque creditore ipotecario del terzo possessore, senza alcun riguardo alla data delle rispettive inscrizioni, per la sola ragione che l'articolo 2177 dà grado ai creditori particolari del terzo possessore dopo tutti quelli che si trovano inscritti a carico dei precedenti proprietari; dovrà del pari ai creditori dell'alienante efficacemente inscritti entro 15 giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione accordarsi la stessa preferenza sopra i creditori particolari del terzo possessore. Dice il Troplong che il rilascio eseguito dal terzo possessore non distrugge le ipoteche da lui costituite in quanto che non risolve il dominio dello stesso terzo possessore, il quale rimane padrone del fondo sino alla definitiva aggiudicazione, e chè perciò non potendosi far luogo al principio — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, — le ipoteche dall'alienatario costituite devono avere il pienissimo loro effetto, ed essere graduate in concorso anche dei creditori dell'alienante colla sola scorta della disposizione generale dell'articolo 2134. Ho dimostrato più sopra (1) che il rilascio importa la risoluzione del dominio del terzo possessore; ma è però certo che avviene una tale risoluzione in faccia soltanto ai creditori ipotecari dell'alienante, ed è perciò che solo in concorso con questi le ipo-

(1) N. 1081, pag. 147.

teche costituite dall'alienatario si hanno per non esistenti (1). Dico che *si hanno per non esistenti*, perchè ripugnerebbe alla natura ed essenza dell'ipoteca che la legge civile desse forza e valore ad una ipoteca, e ne determinasse poi il grado con una regola diversa da quella dell' articolo 2134. Colla seconda parte dell'articolo 2177 il legislatore non deroga già alla regola generale del detto articolo 2134, ma piuttosto nega ogni forza e valore alle ipoteche costituite dal terzo possessore, quando queste vengano in lotta coi creditori ipotecari dell'alienante. Non dica il Troplòng che l'articolo 2177, lungi dal dichiarar risolute le ipoteche costituite dal terzo possessore che fa il rilascio, loro conserva anzi il rango sul prezzo nel giudizio d'ordine (2). Sì certamente, l'articolo 2177 conserva alle ipoteche costituite dal terzo possessore il rango sul prezzo, ma dopo i creditori inscritti a carico dei precedenti proprietari. I creditori dell'alienatario restano anche dopo il rilascio creditori ipotecari, ma non in faccia ai creditori dei primi proprietari, dopo i quali devono essere graduati nel giudizio d'ordine. Se i creditori particolari del terzo possessore devono essere graduati e pagati dopo i creditori dei primi proprietari, come chiaramente dispone la seconda parte dell'articolo 2177, è evidente che le loro ipoteche non sono tenute in alcun conto in faccia ai creditori dei primi proprietari, e che perciò male a proposito invoca il Troplong la regola generale dell'articolo 2134. La disposizione del quale articolo serve a determinare il grado delle ipoteche, a cui la legge dà valore ed efficacia, e riesce inapplicabile a quelle cui la legge ha per non esistenti o in modo assoluto o in faccia ad una determinata categoria di creditori. È quindi forza il tenere che anche dopo la disposizione dell'articolo 834 del Codice di Procedura tutte le ipoteche inscritte a carico dei precedenti proprietari sui fondi rilasciati o aggiudicati devono essere graduate prima delle ipoteche costituite dal terzo possessore senza alcun riguardo alla data delle rispettive inscrizioni. Credo che alla seconda parte dell'articolo 2177 non possa darsi una diversa interpretazione. Ma

(1) Duranton, tome XI, liv. 3, tit. 18, n. 280.

(2) « C'est au surplus ce que notre article décide positivement, puisque, loin de déclarer résolues les hypothèques concédées par le délaissant, il leur conserve rang sur le prix si elles viennent en ordre utile. » (Troplong, art. 2177, n. 843.)

io sono ben lungi dal far plauso alla massima stabilita col detto articolo, e alla ragione, onde il Persil la giustifica e difende (1). È certissimo che il debitore, il quale aliena l'immobile già ipotecato, lo trasmette col peso delle ipoteche sul medesimo costituite (2), e che i creditori particolari dell'alienatario non possono vantare sul fondo loro dato in ipoteca maggiori diritti di quelli che nell'ipotecante, da cui hanno causa, furono trasmessi (3). Ma è altresì certo che nel Sistema Ipotecario fondato sulla pubblicità la ipoteca non si radica efficacemente sul fondo se non dopo la inscrizione, e che il grado delle ipoteche deve misurarsi necessariamente non dal giorno in cui le ipoteche stesse ebbero vita, ma sì da quello in cui furono regolarmente e validamente inscritte (4). Da questi principj del nuovo Sistema Ipotecario che modificarono l'antico, irrepugnabilmente deriva che l'ipoteca dei creditori dell'alienante allora solo s'imprime sul fondo venduto quando è messa in atto colla inscrizione; che i creditori del compratore, i quali accesero l'inscrizione prima dei creditori dell'alienante, acquistarono in realtà il diritto reale sul fondo prima che il medesimo si trovasse gravato della ipoteca costituita dal precedente proprietario; e che perciò i creditori del compratore inscritti prima di quelli dell'alienante dovrebbero essere per rigorosa giustizia preferiti ai creditori dell'alienante, sebbene abbiano questi inscritta validamente la loro ipoteca entro i 15 giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione. I creditori dell'alienante non potrebbero dolersi di questa preferenza da accordarsi ai creditori dell'alienatario anteriormente inscritti, per la ragione che colla serotina inscrizione accesa posteriormente all'alienazione diedero vita ed efficacia alla loro ipoteca, dopo che sul fondo si era già radicato colla inscrizione il diritto ipotecario dei creditori particolari dell'alienatario. A buon

(1) « Mais la raison en est sensible: le vendeur, en aliénant l'immeuble hypothéqué, n'a pu le transmettre que sous l'affectation des privilèges et hypothèques dont il était déjà chargé; et suivant l'art. 834 du Code de Procédure, ces privilèges et hypothèques ont toute leur activité, s'ils sont inscrits dans la quinzaine de la transcription. » (Persil, art. 2177, n. 2.)

(2) L. 4, C. *De evictionibus.*

(3) « Non plus habere creditor potest, quam habet, qui pignus dedit. » (L. 3, § 1, D. *De pignoribus.*)

(4) Troplong, art. 2154, n. 726 bis. — Persil, art. 2134, n. 1.

dritto esclama il Troplong che le inscrizioni sono la base della pubblica confidenza (1), e che perciò nessun creditore deve mai essere preferito a chi vanta una inscrizione anteriore di tempo. Ma questa ragione, certamente incontrastabile, se può fornire un giusto motivo di critica e di censura contro l'ultima parte della disposizione dell'articolo 2177, non giova a difendere la interpretazione del Troplong, la quale urta contro le chiare e non equivoche parole del legislatore, che accorda ai creditori particolari del terzo possessore il diritto di esercitare la loro ipoteca secondo il loro grado sopra i fondi rilasciati o aggiudicati dopo tutti quelli che si trovano inscritti a carico dei precedenti proprietari. Nè in difesa della seconda parte del citato articolo 2177 vale il dire che col rilascio si risolve il dominio del terzo possessore in faccia ai creditori ipotecari dell'alienante, e che perciò questi, trovandosi in conflitto coi creditori particolari del terzo possessore, hanno diritto di invocare il principio — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* — Prima di tutto, la risoluzione del dominio che ha luogo, come si disse, col rilascio, punto non si verifica nel caso della espropriazione fatta in odio del terzo possessore, che non fece nè il giudizio di purgazione, nè il rilascio. D'altra parte non è sempre giusto che la risoluzione del dominio del nuovo acquirente estingua le ipoteche legittimamente e validamente da lui costituite e in buona fede accettate dai suoi creditori particolari (2). La estinzione delle ipoteche allora solo deve aver luogo quando la risoluzione del dominio di chi le costituì dipendeva da una condizione risolutiva espressa o tacita sotto la quale fu fatta l'alienazione. Ripugna assolutamente alla giustizia, alla equità ed alla buona fede, che i creditori particolari del terzo possessore, il quale possedeva come padrone assoluto ed irrevocabile il fondo loro dato in ipoteca, abbiano un giorno ad essere superati e vinti da creditori del precedente proprietario posteriormente inscritti. L'alienatario divenuto padrone del fondo acquista col dominio lo stesso diritto d'ipotecarlo, che competeva prima all'alienante, e come sono valide le ipoteche già da quest'ultimo prima della alienazione costituite, valide pur sono ed efficaci quelle imposte dal nuovo acquirente. Lo stesso fondo è capace di portare il peso di più

(1) Troplong, art. 2177, n. 843.
(2) V. N. 1081, pag. 150.

ipoteche senza che l'una impedisca l'altra (1), salvo la differenza del grado a ciascuna competente. L'alienatario rappresenta rispetto al fondo acquistato l'alienante, e dicesi perciò suo successore particolare, perchè nell'alienatario si trasfondono tutti i diritti dell'alienante (2). Come pertanto l'alienante, finchè era padrone del fondo, poteva costituire sul medesimo dopo la prima una seconda ed una terza ipoteca, ed il grado di ciascuna doveva misurarsi non dalla data della sua costituzione, ma dal giorno solamente dell'accesa inscrizione giusta la regola stabilita dall'articolo 2134; per la stessa ragione il grado delle ipoteche validamente costituite dall'alienatario sul fondo puramente acquistato, se queste si troveranno in conflitto colle ipoteche imposte dall'alienante, deve misurarsi unicamente dalla data della inscrizione. L'argomento addotto dal Persil per giustificare la seconda parte dell'articolo 2177 si riduce ad un sofisma. Egli dice che il venditore non potè trasmettere all'acquirente che un fondo già gravato dal peso delle ipoteche sul medesimo costituite, e che in forza dell'articolo 834 del Codice di Procedura le ipoteche imposte dall'alienante conservano tutta la loro attività sino alla scadenza del termine di 15 giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione. Ho già detto più sopra che prima della inscrizione la ipoteca non è ancora efficacemente radicata sul fondo, e che perciò l'alienatario il quale acquista una proprietà, sulla quale i creditori dell'alienante non accesero l'inscrizione delle loro ipoteche, può ipotecarla come pura e libera ai suoi creditori. È verissimo che l'articolo 834 del Codice di Procedura accorda la facoltà ai creditori dell'alienante d'inscrivere le loro ipoteche entro i 15 giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione, e che inscritte entro un tal termine conservano tutta la loro attività ed efficacia; ma è vero d'altra parte che il detto articolo non cambia la natura delle ipoteche costituite dall'alienante, e loro non attribuisce il carattere di ipoteche privilegiate, e le lascia perciò subordinate alla regola generale misuratrice dei gradi di tutte le ipoteche. Inscritte entro i 15 giorni dalla trascrizione, le ipoteche costituite dall'alienante conservano certamente tutta la loro forza ed attività come

(1) L. 15, § 2, D. *De pignoribus*.

(2) « Qui in jus dominiumve alterius succedit, jure ejus uti debet. » (L. 177, D. *De div. reg. Juris*.)

se fossero state inscritte prima della alienazione; ma non avendole l'articolo 834 sottratte alla regola generale dell'articolo 2134 del Codice Civile, dovrebbero necessariamente sottostare alle conseguenze derivanti dalla citata regola, e cedere il posto a tutte le ipoteche prima di loro inscritte. Non può conciliarsi col sistema della pubblicità che una ipoteca soggetta all'inscrizione abbia diritto di vincere un'altra ipoteca anteriormente inscritta. Il credito, che dalla luce della pubblicità trae vita ed alimento, non può in alcun modo metter radice, se i creditori possono temere il concorso d'ignote ipoteche, a cui la legge assicura un pieno trionfo non ostante la serotina inscrizione. Le ipoteche costituite dall'alienante, a cui l'articolo 2177 accorda la preferenza sopra quelle che furono imposte dall'alienatario, vestono il carattere di ipoteche privilegiate, e tutti sanno che i privilegi e le ipoteche privilegiate sono il vero cancro del credito fondiario, il quale solo può fiorire e aver rigoglio di vita all'ombra protettrice della massima stabilita dall'articolo 2134, onde i gradi di tutte le ipoteche di qualunque natura e specie hanno a misurarsi soltanto dalla data della inscrizione. Il Troplong, mosso dagli inconvenienti gravissimi a cui dà luogo la preferenza assoluta accordata ai creditori ipotecari dell'alienante sopra i creditori particolari del terzo possessore, trova strano che possa darsi alla seconda parte dell'articolo 2177 una interpretazione diversa dalla sua (1). Veggo anch'io e deploro gl'inconvenienti che dalla mia interpretazione inevitabilmente derivano, ma il chiaro testo del citato articolo 2177, contro il quale nulla possono le osservazioni e le critiche dei giureconsulti, come m'insegna in più luoghi lo stesso Troplong (2), la scusa e giustifica.

(1) « Si l'on trouve extraordinaire que le créancier du tiers détenteur plus ancien en inscription ait préférence sur le créancier du précédent propriétaire dont l'inscription est postérieure, je réponds que je m'étonnerais fort qu'il en fût autrement . . . . . Je pense qu'on n'a pas prévu tous ces inconvéniens; sans cela, on n'aurait pas proposé une opinion si contraire aux vrais principes. » (Troplong, art. 2177, n. 843.)

(2) « La jurisprudence est exempte de reproches; car son rôle est d'appliquer les lois, lors même qu'elles sont imparfaites, et non de les refaire. » (Troplong, art. 2103, n. 219.) — « Quand la loi est formelle, il faut y obéir. Elle est maîtresse d'apporter des exceptions aux principes généraux. » (Troplong, art. 2111, n. 327 bis.) — « Cet avis concerne plus le législateur que le magistrat et le jurisconsulte; et, quand on pourrait voir,

1127. Non rare volte si verifica che soddisfatti i creditori ipotecari dell'alienante e poscia quelli del terzo possessore, sopravanzi un residuo prezzo del fondo giudizialmente venduto. È certo che su questo residuo nessun diritto aver possono i creditori chirografari dell'alienante, perchè i creditori che hanno la sola azione personale e non la reale ipotecaria, nessun diritto esercitar possono sui beni stati alienati dal debitore (1). E sebbene col rilascio del fondo avvenga la risoluzione del dominio del terzo possessore, è però fuori di dubbio che questa ha luogo in conseguenza dell'azione ipotecaria esercitata dai creditori ipotecari dell'alienante e in faccia a questi soltanto. Il detto residuo deve quindi distribuirsi per contributo ai creditori chirografari del terzo possessore (2). A più forte ragione i creditori chirografari dell'alienante saranno esclusi dalla accennata distribuzione, quando a carico del terzo possessore che non fece il rilascio, fu fatta la vendita del fondo.

1128. Nella seconda parte dell'articolo 2177 determina il legislatore la sorte dei creditori ipotecari del terzo possessore posti in conflitto coi creditori ipotecari dell'alienante, ma nulla dispone intorno ai diritti di servitù costituiti dallo stesso terzo possessore a carico dell'acquistato fondo. Quale sarà pertanto la sorte di queste servitù prediali dopo il rilascio o dopo l'aggiudicazione del fondo eseguita contro il terzo possessore? Se si considera isolatamente il caso dell'aggiudicazione fatta contro il terzo possessore, facile riesce la decisione. Imperocchè la espropriazione eseguita contro il terzo possessore, il quale non facendo nè il rilascio nè il giudizio di purgazione resta obbligato al pagamento dei debiti ipotecari, non importa la risoluzione del contratto di alienazione, onde in lui fu trasferita la proprietà

à cet égard, une imperfection dans la loi, ce ne serait pas une raison pour se refuser à en exécuter les dispositions, quand elles sont précises. » (Grenier, tome I, n. 62.)

(1) « Considerando che . . . . . . se è principio incontrastabile che i beni del debitore sono la garanzia comune de' creditori tutti indistintamente, è incontrastabile del pari che il creditore puramente chirografario non ha più diritto sui beni stessi, allorchè passati sono in altre mani. » (Decisione del Tribunale Supremo di Revisione di Parma del 18 maggio 1839. Vedi la preziosa Raccolta Niccolosi, vol. IX, pag. 64.)

(2) Duranton, tome XI, liv. 3, tit. 18, n. 280.

del fondo pignorato. E non avendo luogo la risoluzione del contratto di alienazione, gli oneri delle servitù imposte sul fondo a favore dei vicini proprietari dal terzo possessore devono restar fermi, salva solo ai creditori ipotecari dell'alienante l'azione per l'indennità loro riservata dall'articolo 2175. Ma sorge non piccola difficoltà ove si consideri il caso del rilascio, perchè il rilascio, come altre volte si è detto, importa una vera risoluzione del contratto di alienazione, e per conseguenza del dominio acquistato dal terzo possessore. E qui non posso tenermi dall'esprimere la mia meraviglia che il Troplong, pel quale il rilascio non è causa della risoluzione del contratto di alienazione, creda tanto difficile la decisione del punto, di cui ora discorro, e si stilli il cervello per trovare la conciliazione dei due principj contrari da lui messi in campo: l'uno, che il rilascio non risolve il diritto di proprietà spettante al terzo possessore; l'altro, che il terzo possessore non potè dopo l'inscrizione accesa dai creditori dell'alienante rendere deteriore la loro condizione (1). Quando col rilascio non si verificasse la risoluzione del contratto di alienazione, che rese il terzo possessore proprietario del fondo, la decisione del punto, di cui si parla, non dipenderebbe dalla conciliazione dei due mentovati principj, ma sarebbe piana ed inconcussa. Imperocchè dall'una parte le servitù costituite dal terzo possessore, che non ostante il rilascio rimarrebbe proprietario del fondo, dovrebbero restar salde e ferme come quelle che furono imposte sul fondo da chi ne avea il dominio irrevocabile; dall'altra ai creditori dell'alienante, a cui recò pregiudizio la diminuzione di valore a cui andò soggetto il fondo in forza dell'onere delle costituite servitù, resterebbe aperto il diritto di agire contro il terzo possessore per l'indennità conformemente alla disposizione dell'articolo 2175. Ecco a parer mio il modo semplicissimo e naturale di sciogliere la questione, quando il ri-

(1) « Que deviennent les servitudes constituées par le tiers détenteur délaissant? Les auteurs modernes n'ont pas, à ma connaissance, traité cette question. Elle est importante, et présente des difficultés . . . . . . Sous le Code Civil, on se trouve partagé entre deux principes contraires, et qu'il faut concilier: l'un, que le délaissement n'empêche pas le délaissant d'avoir été et d'être encore vrai propriétaire; l'autre, que, depuis les inscriptions, le tiers détenteur n'a pu rien faire pour rendre plus mauvaise la condition des créanciers. » (Troplong, art. 2177, n. 843 bis.)

lascio non cagionasse la risoluzione del dominio del terzo possessore, senza bisogno di ricorrere ai ripieghi e temperamenti immaginati dal Troplong per fare la conciliazione dei due accennati principj, dalla quale fa egli dipendere la decisione del dubbio. Ma posto il principio da noi ammesso che il rilascio produce la risoluzione del contratto di alienazione e del dominio del terzo possessore, allora non è facile il determinare la sorte delle servitù costituite dal terzo possessore. Imperocchè, da una parte è certo che le servitù periscono risolvendosi il dominio del padrone che le costituì (1) in forza del noto principio — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis;* — dall'altra, giusta l' articolo 2175, le deteriorazioni cagionate dal fatto o dalla negligenza del terzo possessore in pregiudizio dei creditori ipotecari dell'alienante danno luogo ad agire contro di esso per l'indennità. Ora le servitù costituite dal terzo possessore andranno in dileguo in forza della risoluzione del dominio, che è il risultato del rilascio, oppure resteranno ferme ed incrollabili, ed i creditori ipotecari dell'alienante dovranno contentarsi dell'azione loro accordata dall'articolo 2175? Le ipoteche costituite dal terzo possessore si hanno per non esistenti, come si disse (2), in faccia ai creditori dell'alienante, ai quali l'articolo 2177 assicura il diritto di preferenza. Lo stesso principio dovrà applicarsi alle servitù imposte dal terzo possessore? Dovranno anche queste aversi per non esistenti in faccia ai creditori ipotecari dell'alienante? È indubitato il principio generale — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis;* — ma è vero altresì che un tale principio allora soltanto può e deve applicarsi, quando la risoluzione del dominio avviene in forza di una condizione risolutiva, sotto la quale il dominio stesso fu trasferito, o sia espressa una tale condizione, oppur tacita, cioè inerente alla natura dell'atto di alienazione. Ora la risoluzione del dominio, a cui dà causa il rilascio eseguito dal terzo possessore, non è già il risultato di una condizione risolutiva, a cui per convenzione o per natura dell'atto fosse subordinata la trasmissione della proprietà nel nuovo acquirente, ma è semplicemente l'effetto di una facoltà esercitata liberamente dal terzo possessore per sottrarsi al pagamento dei debiti ipotecari, ai quali il medesimo era tenuto

(1) Voet, lib. 8, tit. 6, n. 13. — L. 11, § 1, D. *Quem. serv. amittantur.* — Pardessus, *Des servit.*, par. 3, chap. 2, sect. 2, § 5, n. 318.
(2) N. 1126, pag. 235.

nella sua qualità di terzo possessore (1). Devono dunque nel caso del rilascio restar ferme le servitù costituite dal terzo possessore, per la ragione che la causa, che produce la risoluzione del dominio, non comporta l'applicazione dell'accennato principio — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* — (2). Nè si dica che l'onere di tali servitù pregiudica all'interesse dei creditori ipotecari diminuendo il valore del fondo. Imperocchè il vincolo dell'ipoteca lasciando intatti i diritti di dominio non toglie al proprietario, o sia lo stesso debitore, oppure un terzo possessore, la facoltà di disporre liberamente della cosa propria; e d'altra parte la legge non manca di provvedere all'interesse dei creditori ipotecari, loro accordando il diritto di ripetere dal terzo possessore la dovuta indennità per le deteriorazioni cagionate al fondo. Si obbietterà forse che in forza della disposizione dell'articolo 2177 le ipoteche imposte dal terzo possessore si hanno per non esistenti in faccia ai creditori dei precedenti proprietari, e che per la stessa ragione devono aversi per non esistenti le servitù dal medesimo terzo possessore costituite sul fondo. È verissimo che la legge ha per non esistenti in concorso dei creditori ipotecari dei primi proprietari le ipoteche imposte dal terzo possessore, ma è certo altresì che la legge non dichiara risolute e spente tali ipoteche dopo il rilascio, a cui anzi accorda una piena efficacia dopo quelle che furono costituite prima dell'alienazione. Quanto all'ipoteca, la quale non è che un diritto di prelazione sul prezzo dei beni ipotecati da sperimentarsi nel giudizio d'ordine, la legge, sebbene con grave pregiudizio del credito fondiario, potè, senza distruggere dopo il rilascio le ipoteche costituite dal terzo possessore, conciliare l'interesse dei creditori ipotecari dei precedenti proprietari coi diritti dei creditori del terzo possessore, lasciando appunto intatte le ipoteche di questi ultimi ed accordando ai primi un grado di prelazione. Ma questo temperamento era impossibile nel caso di servitù costituite dal terzo possessore, perchè le servitù non sono diritti da potersi esercitare sul prezzo

(1) « Le délaissement est une pure faculté accordée par la loi actuelle aux détenteurs hypothécaires, faculté dont ils peuvent par conséquent user ou ne pas user. » (Duranton, tome XI, liv. 3, tit. 18, n. 225.) — Tarrible, Répert., *Tiers détenteur*, n. 9.

(2) Pardessus, *Des servitudes*, par. 3, chap. 2, sect. 2, § 5, n. 319.

del fondo nel giudizio d'ordine, ma semplici qualità dei fondi (1), che il valore diminuiscono delle proprietà su cui furono imposte, e il pregio aumentano di quelle, a vantaggio delle quali furono concesse, e le seguono perciò indivisibili compagne anche dopo il rilascio o l'aggiudicazione (2). Sebbene tanto le servitù quanto le ipoteche sieno diritti reali, che hanno sotto molti rapporti grande affinità e somiglianza, nessuno argomento può trarsi dalla seconda parte dell'articolo 2177 per sostenere che le servitù reali imposte dal terzo possessore devono aversi per non esistenti in faccia ai creditori dei precedenti proprietari; e nel silenzio della legge, che nulla dispone intorno alle medesime, deve tenersi che le servitù costituite dal terzo possessore rimangono vive in tutta la loro integrità e fermezza anche dopo il rilascio del fondo o dopo l'aggiudicazione contro di lui eseguita, salvo solo ai creditori ipotecari dei precedenti proprietari il diritto di agire colla scorta dell'articolo 2175 contro lo stesso terzo possessore per la dovuta indennità.

Articolo 2178.

Il terzo possessore che ha pagato il debito ipotecario, o rilasciato l'immobile ipotecato, o subíta la spropriazione del predetto immobile, ha il regresso per essere rilevato, come di ragione, contro il debitore principale.

SOMMARIO.

1129. Quali azioni competono al terzo possessore che dovè soggiacere alle conseguenze dell'azione ipotecaria contro di lui intentata,

(1) « Quid aliud sunt jura prædiorum, quam prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo? » (L. 86, D. *De verb. significatione.*)

(2) « Si fundus serviens, vel is, cui servitus debetur, publicaretur, utroque casu durant servitutes: quia cum sua conditione quisque fundus publicaretur. » (L. 23, § 2, D. *De serv. præd. rusticorum.*)

per essere rilevato contro il debitore principale? Distinzione tra il possessore che acquistò a titolo oneroso e quello che acquistò a titolo lucrativo.

1129. Nel caso di vendita il compratore, che ha dovuto cedere la cosa ai creditori che intentarono contro di lui l'azione ipotecaria, ha diritto secondo i principj del Gius Romano di agire per l'evizione contro il venditore (1). Lo stesso principio è confermato nell'articolo 2178 del Codice Napoleone, il quale accorda al terzo possessore che ha pagato il debito ipotecario, o rilasciato l'immobile ipotecato, o subita la spropriazione del detto immobile, il regresso per essere rilevato, come di ragione, contro il debitore principale. Ora è terzo possessore non soltanto il compratore, a cui fu venduto il fondo, ma qualunque successore particolare, p. e., un legatario, un donatario. Anche il legatario o il donatario avranno contro l'erede o il donante il regresso di cui parla il citato articolo 2178? Per Diritto Romano il donatario non aveva azione contro il donante per l'evizione della cosa donata a meno che nell'atto di donazione non fosse stata con un espresso patto stipulata (2). Neppure il Codice Napoleone accorda per detto titolo azione al donatario contro il donante (3), laddove all'interesse del compratore provvede colla disposizione dell'articolo 1626. Quanto al legatario, l'erede per Diritto Romano era tenuto per l'evizione, se il testatore aveva lasciato in legato la cosa altrui sapendo non essere sua, ma non aveva alcuna obbligazione verso il legatario, se il testatore aveva fatto il legato della cosa altrui credendola sua (4). La stessa distinzione facevasi quando il testatore lasciava in legato una cosa già obbligata a garanzia di un creditore. Imperocchè, se il testatore aveva fatto il legato conoscendo il vincolo del pegno, stava all'erede il peso della liberazione della cosa lasciata in legato e quindi il pagamento del debito, e da nessun obbligo al contrario era stretto

(1) L. 34, § ult., L. 35, e L. 65, D. *De evictionibus.* — Voet, lib. 21, tit. 2, n. 1. — L. 4 e L. 22, C. *De evictionibus.*

(2) « Plane in donationibus simplicibus ob res donatas evictas donatorem non teneri, verius est . . . . . Nisi inter donantem ac donatarium stipulatio de evictione intercesserit. » (Voet, lib. 21, tit. 2, n. 13.)

(3) Persil, art. 2178, n. 3.

(4) Voet, lib. 21, tit. 2, n. 12. — Instit. lib. 2, tit. 20, § 4.

l' erede, quando l' onere del pegno fu ignorato dal testatore (1). Il Codice Napoleone non ha alcun riguardo alla scienza del testatore, e dichiara nell' articolo 1021 che quando il testatore avrà legato una cosa altrui, il legato sarà nullo, abbia o no il testatore saputo che essa non gli apparteneva. Così pure prescinde dalla scienza del testatore quando si tratta di ipoteche costituite sulla cosa lasciata in legato, e dispone in termini generali nel-l'articolo 1020 che se, prima o dopo del testamento, la cosa legata si è ipotecata per un debito dell' eredità, od anche per il debito di un terzo, quegli che deve soddisfare il legato non è tenuto a renderla libera, quando non ne sia stato incaricato dal testatore con un' espressa disposizione. Dichiara però nell' articolo 874 che il legatario particolare, il quale ha estinto il debito di cui era aggravato il fondo legato, entra nelle ragioni del creditore contro gli eredi e successori a titolo universale. Si può dunque tenere per certo che il legatario e il donatario non hanno secondo i principj del Codice Napoleone un' azione diretta contro gli eredi o il donatore per garanzia dell' evizione della cosa lasciata in legato o donata, e in ciò la condizione del legatario e del donatario è diversa da quella del compratore, a cui la legge accorda una piena garanzia contro il venditore per qualunque caso di evizione. Ma non per questo il donatario e il legatario, che dovettero sobbarcarsi alle conseguenze dell' azione ipotecaria, rimangono privi di qualunque azione contro il donante o gli eredi per essere ristorati del danno. Il legatario particolare che ha estinto il debito, di cui era gravato il fondo, indipendentemente anche dalla surroga accordatagli dal già citato articolo 874, può giovarsi altresì del subingresso legale che l' articolo 1251 n. 3 accorda a vantaggio di colui che essendo obbligato con altri o per altri al pagamento del debito aveva interesse di soddisfarlo. Il legatario infatti di un fondo ipotecato a garanzia di un creditore è come terzo possessore obbligato al pagamento del debito altrui, e può quindi con tutto il diritto approfittare del subingresso legale attribuito dal citato articolo 1251 n. 3 tanto contro i

(1) « Sed et si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet heres eam luere. Et in hoc quoque casu idem placet, quod in re aliena: ut ita demum luere necesse habeat heres, si sciebat defunctus rem obligatam esse. » (Instit., § 5, lib. 2, tit. 20.) — L. 6, C. *De fideicommissis*. — L. 57, D. *De leg. et fideicommissis* 1.

fideiussori, quanto contro i debitori. Anche il donatario, a cui fu donato un fondo ipotecato a garanzia di un creditore del donante, è qual terzo possessore obbligato al pagamento del debito ipotecario, e può perciò anch'esso valersi del legale subingresso, che in forza del già citato articolo 1251 n. 3 ha luogo *ipso jure* in favore di colui che essendo obbligato con altri o per altri al pagamento del debito aveva interesse di soddisfarlo. Diversa è dunque la condizione del terzo possessore che pagò il debito garantito con ipoteca sul fondo acquistato secondo che l'acquisto fu fatto a titolo oneroso o lucrativo. Il terzo possessore nel primo caso, senza bisogno di ricorrere al subingresso nelle ragioni del creditore dimesso, ha direttamente il suo regresso contro l'alienante per ottenere una piena indennità, come chiaramente risulta dall'articolo 1705, che accorda al permutante, il quale ha sofferta l'evizione della cosa ricevuta in permuta, la facoltà di dimandare la rifusione dei danni ed interessi, o di ripetere la sua cosa, non che dall'articolo 1626, secondo il quale il venditore è tenuto di diritto a garantire il compratore dall'evizione che soffre di tutta o di parte della cosa venduta o dei pesi che si pretendono sopra la medesima e che non furono manifestati all'atto della vendita. Al contrario il terzo possessore, a cui fu trasferito il dominio del fondo a titolo lucrativo, per esercitare contro il debitore principale quel regresso, di cui parla l'articolo 2178, ha bisogno di valersi del subingresso legale accordato dai già citati articoli 874 e 1251. Ecco il perchè l'articolo 2178 non dichiara in termini assoluti che il terzo possessore nei casi ivi contemplati ha il regresso per essere rilevato contro il debitore principale, ma si limita a dire che ha il regresso per essere rilevato, *come di ragione*. Colle quali espressioni — *come di ragione* — il legislatore dimostra evidentemente di voler riservare al terzo possessore quelle sole azioni che possono competergli in forza o dei patti stipulati col suo autore, o della natura dell'atto, onde gli venne trasferita la proprietà dell'immobile ipotecato a garanzia dell'altrui debito (1).

Il terzo possessore che acquistò il fondo a titolo oneroso, avendo un'azione diretta per essere rilevato contro il debitore principale, potrà esercitare il regresso di cui parla l'articolo 2178 tanto se avrà pagato il debito ipotecario, pel quale fu molestato

(1) Persil, art. 2178, n. 3.

dal creditore coll'azione reale, quanto se avrà rilasciato l'immobile ipotecato, o subíta dello stesso immobile la spropriazione. Ma il possessore che acquistò il fondo a titolo lucrativo, p. e., il legatario o il donatario, che per essere rilevato dal debitore principale ha bisogno di valersi del subingresso legale accordatogli dalla legge nelle ragioni del dimesso creditore, potrà sempre, facendo uso del detto subingresso, avere il regresso contro il debitore principale, sia che abbia pagato il debito, o rilasciato l'immobile, o subíta la spropriazione dell'immobile ipotecato a garanzia del creditore? Perchè abbia luogo il subingresso, o legale o convenzionale, nelle ragioni di un creditore a favore di un terzo, è necessario sempre che il terzo paghi con denari propri il creditore. Il fondamento del subingresso sta in questo pagamento. Si pongano a rassegna tutti i casi di subingresso contemplati negli articoli 1250 e 1251, e si vedrà che il pagamento fatto dal terzo, che intende di essere surrogato nelle ragioni del creditore non suo, è la condizione, anzi l'unica causa del subingresso. Se dunque il donatario molestato coll'azione ipotecaria paga il creditore, appoggiato alla surroga accordatagli dalla legge, avrà certamente il regresso per essere rilevato contro il debitore principale. Se il donatario non pagherà il debito, ma subirà la spropriazione del fondo, il cui prezzo sia impiegato nel pagamento del creditore, anche in questo caso potrà giovarsi del subingresso, perchè il creditore soddisfatto col prezzo dei beni venduti a carico del terzo possessore è in realtà pagato con denari dello stesso terzo possessore, il quale ha perciò diritto al subingresso legale nelle ragioni del creditore. Ma quando il donatario fa il rilascio del fondo, in tal caso come può aver luogo il subingresso, se il rilascio è fatto appunto per sottrarsi all'obbligo del pagamento del debito (1)? Se è vero che il terzo possessore ottiene il subingresso col pagamento del debito ipotecario (2), non può certamente aver diritto di subingredire nelle ragioni del creditore che da lui non viene soddisfatto. Non può paragonarsi il caso del rilascio a quello della spropriazione fatta in odio del terzo possessore. Quando la vendita del fondo si fa a carico del terzo possessore e col prezzo ricavato si paga il creditore, questi rimane soddisfatto con danari dello stesso terzo pos-

(1) Duranton, tome XI, liv. 3, tit. 18, n. 233.
(2) Duranton, tome XI, liv. 3, tit. 18, n. 234.

sessore, perchè il pagamento fu eseguito col prezzo di un fondo, la cui proprietà gli apparteneva al momento della aggiudicazione. Ma quando il terzo possessore fa il rilascio, ossia l'abbandono del fondo, la vendita si fa in contraddittorio di un amministratore deputato al fondo appunto perchè il terzo possessore abdicò col rilascio la proprietà che gli spettava. Come dunque potrebbe il terzo possessore che fa il rilascio pretendere il subingresso nelle ragioni del creditore che viene dimesso col prezzo di un fondo, di cui lo stesso terzo possessore aveva rinunziato volontariamente il dominio prima della vendita per sottrarsi all'obbligo del pagamento del credito ipotecario? È quindi forza il giudicare che il donatario o il legatario potendo vantare il subingresso nelle ragioni del creditore solo quando abbiano pagato il debito ipotecario o subita la spropriazione del fondo, in questi soli due casi potranno avere il regresso di cui è fatta parola nell'articolo 2178; laddove il terzo possessore, a cui fu trasferita la proprietà del fondo a titolo oneroso, avrà in tuttatrè i casi contemplati nel citato articolo il regresso per essere rilevato contro il debitore principale.

Articolo 2179.

Il terzo possessore il quale intende di rendere libera la sua proprietà pagando il prezzo del fondo, deve osservare le formalità che saranno stabilite nel capo VIII del presente titolo.

SOMMARIO.

1130. Il terzo possessore ha la facoltà di fare il giudizio di purgazione colle forme stabilite nel capo VIII per render libera la sua proprietà.

1131. Il Codice delle Due Sicilie ripete nel capitolo VI tutte le disposizioni contenute sotto il capo VI del Codice Napoleone.

1132. Cenno delle disposizioni del Codice di Parma riguardanti gli effetti dei privilegi e delle ipoteche contro i terzi possessori.

1130. Dichiara l'articolo 2167 che il terzo possessore resta in vigore della sola inscrizione obbligato come possessore a tutti i debiti ipotecari, se non adempie alle formalità stabilite dalla legge, onde rendere libera la sua proprietà. Coll'adempimento di tali formalità il terzo possessore si sottrae per sempre al pericolo delle azioni ipotecarie, perchè il fondo rimane libero e purgato dai privilegi e dalle ipoteche onde era gravato. La legge non costringe il terzo possessore a liberare dai vincoli ipotecari l'acquistata proprietà, ma gliene accorda la facoltà e il diritto (1), come si raccoglie dalle chiare parole dell'articolo 2179, che indica il capo, in cui trovansi stabilite le formalità da osservarsi dal terzo possessore, il quale *intende*, ossia vuole, rendere libera la sua proprietà pagando il prezzo del fondo.

1131. Il Codice delle Due Sicilie ripete nel capitolo VI — *Dell' effetto de' privilegi e delle ipoteche contro i terzi possessori* — tutte le disposizioni degli articoli, di cui abbiamo or ora discorso, contenuti sotto il capo VI del Codice Napoleone.

1132. L'articolo 2166 del Codice Napoleone dichiara in termini generali ed assoluti che i creditori aventi *privilegio od ipoteca inscritta* sopra un immobile, ancorchè passi in qualunque altro possessore, ritengono sopra di esso le loro ragioni. Dalla quale disposizione discende la legittima conseguenza che i creditori non inscritti al momento del passaggio del fondo dall'uno all'altro proprietario perderono irrevocabilmente il loro privilegio od ipoteca e nessuna azione reale possono esercitare contro il terzo possessore. A questa massima del Codice Civile portò una importantissima modificazione l'articolo 834 del Codice di Procedura, col quale fu accordata facoltà ai creditori non inscritti

(1) Troplong, art. 2172, n. 822.

al momento della alienazione di accendere le loro inscrizioni anche dopo di questa, entro però il termine di 15 giorni dalla trascrizione del contratto onde la proprietà fu trasferita nel terzo possessore. Attenendosi il Codice di Parma alla massima del citato articolo 2166 del Codice Napoleone modificata dal menzionato articolo 834 del Codice di Procedura, dispone nella prima parte dell' articolo 2234 che « i creditori aventi privilegio od ipoteca notificata sopra un immobile ritengono su di esso, ancorchè passi in altro possessore, le ragioni loro derivate dalla fatta notificazione; » e nella seconda che « il privilegio però, o l'ipoteca non potrà esercitarsi contro il terzo detentore qualora ne fosse seguíta la notificazione dopo i quaranta giorni da quello della trascrizione dell'atto traslativo di proprietà. » La quale ultima disposizione non è che il corollario delle massime generali stabilite nell'articolo 2220, ove è disposto che « fatta la trascrizione, i creditori che hanno diritti d' ipoteca sul fondo acquistati anteriormente alla vendita o donazione, potranno ancora notificarli entro il termine di quaranta giorni dal dì della trascrizione; » che « potranno egualmente notificarsi entro il detto termine i privilegi dal creditore acquistati sul fondo anteriormente alla vendita, o alla donazione; » e che « le notificazioni, che si facessero dopo i quaranta giorni da quello della trascrizione, non avranno alcun effetto per riguardo al fondo, di cui si è trascritto il contratto. » Secondo l' articolo 2170 del Codice Napoleone il terzo possessore non obbligato personalmente pel debito può opporsi alla vendita del fondo ipotecato di cui trovasi in possesso, quando vi restino altri immobili ipotecati pel debito stesso, i quali siano posseduti dal principale o principali obbligati; ma però giusta l'articolo 2171 l' eccezione dell'escussione non può essere opposta al creditore privilegiato o avente ipoteca speciale sopra l' immobile. Il Codice di Parma colla disposizione dell' articolo 2235 accorda al terzo possessore che non sia obbligato personalmente pel debito l'eccezione dell'escussione in termini generali ed assoluti contro qualunque creditore senza distinzione (1).

(1) « Il terzo possessore, che non sia obbligato personalmente pel debito, può opporsi all'azione promossa contro il fondo ch' egli possiede, quando vi sieno altri beni specialmente o generalmente ipotecati pel debito stesso o presso il debitor principale, o presso persone con lui in egual modo obbligate. — In tal caso il terzo possessore può chiedere la

Dichiarano gli articoli 2167 e 2168 del Codice Napoleone che se il terzo possessore non adempie alle formalità stabilite allo scopo di rendere libere le proprietà, resta in vigore della sola inscrizione obbligato come possessore a tutti i debiti ipotecari, e che è tenuto nel caso stesso o a pagare tutti gl' interessi e capitali esigibili, o a rilasciare l'immobile ipotecato. Dai termini troppo vaghi e generali delle citate disposizioni è nato l'importantissimo dubbio, di cui sopra (1) si fece parola, se il terzo possessore sia obbligato al pagamento di tutti gli interessi dovuti al creditore, oppur solamente delle tre annualità conservate colla inscrizione del capitale conformemente alla disposizione dell'articolo 2151. Questo dubbio è stato tolto sapientemente dal Codice di Parma, il quale dichiara nell'articolo 2236 che « se il terzo possessore non adempie le formalità stabilite nella sezione precedente onde render libera la sua proprietà, è tenuto di pagare nelle rispettive scadenze tutti i debiti ipotecari o privilegiati *unitamente agl' interessi conservati colla notificazione*, o di abbandonare al creditore senz' alcuna riserva l' immobile soggetto a privilegio o ipoteca. » Del resto il Codice di Parma colle disposizioni degli articoli 2237, 2238, 2239, 2240 ripete senza alcuna modificazione le massime stabilite negli articoli 2169, 2172, 2173 e 2174 del Codice. Napoleone. Prescrive nell'articolo 2175 il Codice Napoleone che le deteriorazioni cagionate dal fatto o dalla negligenza del terzo possessore in pregiudizio dei creditori ipotecari o privilegiati dànno luogo ad agire contro di esso per l' indennità. Colla quale disposizione generale ha fatto tacere le distinzioni che si facevano nel Gius Romano tra il possessore di buona fede e quello di mala fede, e tra le deteriorazioni recate dopo l' intentata azione ipotecaria e quelle che furono fatte al fondo prima del promosso giudizio. Il terzo possessore in forza della citata disposizione dell'articolo 2175 è sempre risponsabile verso i creditori, sottoposti all' obbligo della pubblicità, delle deteriorazioni cagionate al fondo dopo l' inscrizione, o prima o dopo la promossa azione ipotecaria. Dico *dopo l'inscrizione*, perchè questa sola gli fa conoscere i diritti che hanno sul fondo i creditori ipotecari, e prima di

precedente escussione di questi beni, pendente la quale resta in sospeso l'azione contro di lui. » (Art. 2235.)

(1) N. 1077, pag. 130.

averne contezza è libero padrone di fare della cosa sua ciò che gli talenta ed anche di distruggerla (1). Perciò se i creditori accendono l'inscrizione dopo l'alienazione entro i 15 giorni dalla trascrizione fatta dall'acquirente, questi non può essere risponsabile verso i creditori ipotecari dei danni cagionati al fondo dal giorno dell'acquisto, ma unicamente da quello della inscrizione rispettiva di ciascun creditore, salvo ciò che ho avvertito più sopra (2) rispetto ai creditori dispensati dall'obbligo della inscrizione. Il Codice di Parma, restringendo in favore della libertà del terzo possessore entro più angusti limiti la citata disposizione dell'articolo 2175 del Codice Napoleone, dichiara nell'articolo 2241 che « le deteriorazioni cagionate dal fatto o dalla negligenza del terzo possessore, *dopo che fu intentata contro di esso l' azione dal creditore*, dànno luogo ad agire contro di lui per l'indennità. » Secondo il citato articolo 2175 del Codice Napoleone il terzo possessore ha diritto di ripetere le spese ed i miglioramenti da lui fatti sino alla concorrenza del valor maggiore che ne è risultato. Anche il Codice di Parma nel citato articolo 2241 dispone che il terzo possessore « non può dimandare il rimborso delle spese ed i miglioramenti da lui fatti che a termine dell' articolo 2228. » Il quale articolo 2228 posto sotto la sezione III — *Del modo di render libere le proprietà dai privilegi e dalle ipoteche* — prescrive nella seconda parte che « l' aggiudicatario è tenuto, a termine di ragione, di pagare le spese ed i miglioramenti, che il compratore o donatario avesse fatti sul fondo, sino però al montare del maggior valore che ne è provenuto. » Quanto ai frutti dell' immobile ipotecato dovuti dal terzo possessore, il Codice di Parma ripete nell' articolo 2242 la disposizione dell' articolo 2176 del Codice Napoleone. Confermando pur anche la massima dell'articolo 2177 del Codice Napoleone, dispone nella prima parte dell' articolo 2243 che « le servitù ed i diritti reali, i quali appartenevano al terzo possessore sopra l' immobile prima che ne prendesse possesso, rivivono dopo l' abbandono del fondo, o dopo l' aggiudicazione contro lui eseguita. » Dichiara però nella seconda parte che « se il diritto era di privilegio o ipoteca, questo non riprenderà l' antico suo grado se non quando

(1) « Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet. » (L. 151, D. *De div. reg. Juris.*)

(2) N. 1117, pag. 206.

sia stato conservato colla notificazione. » La quale aggiunta dichiarazione non è che la conferma di una massima già stabilita dalla giurisprudenza (1). Si accennò più sopra (2) la questione che si fa dagli Interpreti intorno alla seconda parte dell' articolo 2177 del Codice Napoleone, se i creditori particolari del terzo possessore debbano sempre essere posposti, senza riguardo alla data delle inscrizioni, ai creditori dei precedenti proprietari. Sia lode ai Compilatori del Codice di Parma, che togliendo su questo punto ogni dubbio rispettarono la regola fondamentale del Sistema Ipotecario fondato sulla pubblicità, secondo la quale l' ipoteca non può attribuire prelazione ai creditori se non dal giorno della notificazione fatta eseguire nella forma prescritta dalla legge ! Fedeli a questa regola, cui pose fatalmente in non cale il Codice Napoleone colla citata disposizione dell' articolo 2177, dichiararono nell' ultima parte del citato articolo 2243 che i creditori particolari del terzo possessore « in concorso de' creditori de' precedenti proprietari esercitano sopra i fondi abbandonati, o aggiudicati i loro diritti di privilegio o ipoteca secondo il grado che a ciascuno attribuisce la respettiva notificazione. » Ripete finalmente nella disposizione dell' articolo 2244 la massima stabilita nell' articolo 2178 del Codice Napoleone, dichiarando che « il terzo possessore, che ha pagato il debito, o abbandonato l' immobile, o ne ha sofferta la spropriazione, ha il regresso per la evizione contro il debitore principale. »

1133. Il Regolamento Ipotecario Pontificio conferma nei §§ 192 e 193 il principio stabilito nell'articolo 28 della Legge 11 brumaio (3), dichiarando che « i fondi si trasferiscono con le ipoteche ad essi inerenti e legalmente conservate, a forma delle disposizioni contenute nei capitoli V e VI; » e che « i creditori potranno esercitare le loro azioni ipotecarie con le regole del Diritto Comune e con le norme stabilite dalle leggi di procedura. » Dalle quali disposizioni chiaramente risulta che le ipoteche per essere efficaci ed esercibili contro il terzo possessore devono essere regolarmente inscritte al momento in cui l' alienazione ottiene il suo effetto, ossia al momento in cui l'atto della stessa alienazione è trascritto ne' registri ipotecari. Imperocchè giusta il § 183 gli atti di ven-

(1) N. 1125, pag. 229.
(2) N. 1126, pag. 231.
(3) V. n. 1066, pag. 89.

dita o alienazione dei beni capaci d'ipoteca, comprese pure le donazioni tra vivi, devono essere resi pubblici col mezzo della trascrizione, che consiste, come dichiara il § 184, nella copia intiera degli atti da farsi in un particolare registro dal Conservatore delle Ipoteche, nel di cui circondario esistono i beni alienati. La qual trascrizione, non solo rende inefficaci, come dispone il § 190, le ipoteche non inscritte precedentemente dai creditori dell'alienante sul fondo alienato, ma è tanto necessaria che l'alienazione giusta il § 189 non produce effetto, quanto ai terzi, fintantochè l'atto pubblico o privato non è trascritto ne' registri ipotecari; e se l'atto di alienazione non è trascritto, non può l'acquirente, come prescrive il citato § 190, impugnare le inscrizioni che venissero fatte sui fondi alienati, sia per titoli o diritti anteriori, sia per titoli o diritti posteriori allo stesso atto; salvo il di lui regresso contro l'alienante a termini di ragione. Il Diritto Romano accordava al creditore ipotecario contro il terzo possessore non solo l'azione *quasi Serviana* ossia ipotecaria, la quale dava luogo ad un giudizio petitorio, ma altresì l'utile interdetto *Salviano* che era un interdetto possessorio *adipiscendæ possessionis* (1). Il lodato Regolamento nel § 194 abolisce l'interdetto *Salviano;* tuttavolta conserva al creditore del censo il rimedio della associazione al fondo censito, salve le azioni competenti agli altri creditori che avranno sul medesimo conservate le ipoteche. Accorda anch'esso nel § 195 al terzo possessore, ad imitazione dell'articolo 2235 del Codice di Parma, il benefizio della escussione « se presso il principale o principali obbligati esistono altri beni soggetti alla ipoteca speciale o generale per lo stesso debito. » E dichiara che « tale benefizio non potrà negarglisi che nei seguenti casi: 1° se egli è obbligato personalmente pel debito di cui si tratta; 2° se i beni che si posseggono dai principali obbligati, sono sottoposti ad ipoteche anteriori, che ne eccedano, o ne assorbiscano manifestamente il valore. » Dichiara altresì nel § 196 che « qualora, dopo escussi i suddetti beni, il creditore non fosse intieramente soddisfatto, potrà riassumere l'azione ipotecaria pel residuo contro il terzo; » e nel § 197 che « potrà inoltre valersi il terzo possessore delle eccezioni che competono all'alienante contro i creditori ipotecari. » Il Co-

(1) Vinnii, Comment. Instit. lib. 4, tit. 15, § 3, n. 5 e 6. — Voet, lib. 43, tit. 33.

dice Napoleone dispone in termini generali e senza fare alcuna distinzione, che le deteriorazioni cagionate dal fatto o dalla negligenza del terzo possessore in pregiudizio dei creditori ipotecari dànno luogo ad agire contro di esso per l'indennità. La quale disposizione punto non determina il grado di colpa, onde è risponsabile il terzo possessore. Il citato Regolamento nel § 198 dichiara invece con più saggia disposizione che « il terzo, che in virtù dell'azione ipotecaria viene astretto a dimettere il possesso del fondo, non è tenuto ad alcuna indennità per quelle deteriorazioni, *alle quali non ha dato causa il dolo o la colpa lata da lui commessa.* » E quanto ai miglioramenti, il Codice Napoleone accorda al terzo possessore il diritto di ripeterli *sino alla concorrenza del valor maggiore*, *che ne è risultato.* Le quali espressioni hanno fatto nascere il dubbio accennato più sopra (1), se il terzo possessore abbia diritto all'intero valore dei miglioramenti anche nel caso che questo superi l'ammontare delle spese. Questo dubbio fu tolto dal lodato Regolamento, il quale nell'anzidetto § 198 dispone che il terzo possessore non può chiedere il rimborso dei miglioramenti *che per il meno del valore di essi, avuta ragione dello speso e del migliorato.* Dichiara inoltre che « se il miglioramento è naturale, od anche prodotto dalla industria, ma senza spesa del terzo possessore, non ha egli diritto a verun rimborso. » Quanto poi ai frutti dell'immobile, dispone nel § 199, ad imitazione dell'articolo 2176 del Codice Napoleone, che questi « non saranno dovuti dal terzo possessore che dal giorno in cui fu posto in mala fede con atto giudiziale. » Ripete inoltre nel § 200 la massima dell'articolo 2177 del Codice Napoleone disponendo che « se il terzo possessore, anteriormente all'acquisto, avea diritti reali o servitù attive sopra l'immobile acquistato, tali diritti e tali servitù riviveranno nel caso preveduto dai §§ precedenti, senza che possa opporsi che si estinsero col mezzo della confusione. » Anche il Codice di Parma, come si è già avvertito, colla disposizione dell'articolo 2243 fa rivivere, dopo l'abbandono del fondo, o dopo l'aggiudicazione eseguita contro il terzo possessore, le servitù ed i diritti reali, i quali già appartenevano allo stesso terzo possessore; ma però dichiara che il rinato diritto di privilegio o ipoteca non riprenderà l'antico suo grado se non quando sia stato conservato colla notificazione. Al contrario il Regolamento Pontificio

(1) N. 1118, pag. 209.

nel § 201, col quale viene stabilita una eccezione alla disposizione generale del § 165 portante l'obbligo della rinnovazione delle inscrizioni, prescrive che « le inscrizioni delle ipoteche fatte dal terzo possessore sul medesimo fondo, prima dell' acquisto, e non cancellate posteriormente, riprenderanno l'antico grado, abbenchè nel tempo intermedio allo spirare del decennio non si fossero rinnovate. » È pessima la legge che obbliga i creditori a rinnovare entro un decennio le già prese inscrizioni (1); ma posto che il legislatore volle addossare un tal obbligo agl' inscritti creditori, è degna di censura la eccezione che fa il Regolamento Pontificio per le inscrizioni delle ipoteche del terzo possessore richiamate in vita nel caso contemplato dal citato § 200. Ripugna all' armonia di una legislazione ipotecaria, la quale nega efficacia alle inscrizioni non rinnovate nel tempo prescritto, che il terzo possessore, il quale comparisce nel giudizio d'ordine colla veste di creditore, possa essere graduato e preferito agli altri legittimi creditori dell' alienante coll' appoggio di una inscrizione non rinnovata. Accennai sotto l' articolo 2177 (2) le ragioni, onde merita di essere criticata la massima secondo la quale i creditori particolari del terzo possessore esercitano la loro ipoteca sopra i fondi rilasciati o aggiudicati dopo tutti quelli che si trovano inscritti a carico dei precedenti proprietari. Per le stesse ragioni deve censurarsi la disposizione del § 202 del citato Regolamento, il quale ripetendo l'ultima parte del detto articolo 2177 del Codice Napoleone dichiara esso pure che « i creditori particolari del terzo possessore che avessero acquistata ed inscritta la ipoteca sul fondo o fondi compresi nell' alienazione, potranno esercitarvi i loro diritti *dopo quelli dei creditori dell' alienante.* » Finalmente nel § 203 il citato Regolamento prescrive che « la parte dispositiva della sentenza proferita contro il terzo possessore nella azione ipotecaria, allorchè sarà in istato eseguibile, dovrà trascriversi per intiero nel suo registro dal Conservatore delle Ipoteche; » che « la trascrizione terrà luogo di formale pignoramento; » e che « dovrà essa denunziarsi ai creditori inscritti ed al terzo possessore, nel modo indicato dal § 189 (3). »

(1) Vedi Vol. IV, n. 989, pag. 381.

(2) N. 1126, pag. 236.

(3) Il § 189, a cui si riporta il § 203, stabilisce quanto segue: « L'alienazione non produce effetto, quanto ai terzi, fintantochè l' atto pubblico

1134. Il Sovrano Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche confermando nell'articolo 120 la massima stabilita nella L. 15, C. *De pignoribus*, non che nell'articolo 2166 del Codice Napoleone, dispone anch'esso che « i creditori che hanno inscritto nei modi e nei termini ordinati dal Motuproprio, come gli esenti dalla inscrizione, non risentono pregiudizio alcuno dalle alienazioni che dei beni ai medesimi obbligati possono farsi dai debitori; » e che « per il pagamento rimangono nel diritto di rivolgersi direttamente contro i beni stessi qualunque passaggio abbiano fatto, e presso chiunque si trovino, e l'ottengono cell'ordine dei privilegi e delle ipoteche loro per il totale ammontare del credito fino all'esaurimento del valore dei beni realizzabili a forma della Procedura civile, non avuto riguardo al prezzo stipulato dagli alienatari, e alle condizioni dei loro contratti. » Secondo gli stretti principj del Codice Napoleone i privilegi e le ipoteche dei creditori dell'alienante dovevano trovarsi inscritte al momento della alienazione per essere efficaci in faccia al terzo possessore. Ma dopo la pubblicazione del Codice di Procedura, che in questa parte portò una importantissima modificazione al Codice Civile, i privilegi e le ipoteche esistenti a carico dell'alienante possono inscriversi entro 15 giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione. Attenendosi a questa massima del detto Codice di Procedura, adottata anche dal Codice di Parma (1), il lodato Motuproprio dispone nell'articolo 114 che « ai creditori con ipoteca o con privilegio sopra un immobile, che per un titolo qualunque traslativo del dominio viene alienato dal debitore prima che i medesimi abbiano eseguite le loro inscrizioni, resta preservato ad eseguirle posteriormente un termine di giorni

o privato non è trascritto ne' registri ipotecari: la trascrizione dovrà inoltre essere denunziata ai creditori inscritti. — La denunzia si farà mediante una intimazione a ciascun creditore nel domicilio eletto, o ritenuto come eletto dalla legge: conterrà i nomi e cognomi delle parti e del notaio, la data e la qualità dell'atto, l'epoca e l'uffizio in cui venne trascritto, il prezzo convenuto nel caso di vendita, o valutato dall'acquirente nel caso di donazione: sarà sottoscritta dal denunziante, e dal cursore che attesterà di averla presentata. — L'originale della denunzia verrà esibito al Conservatore, che dovrà farne annotamento sul registro in margine dell'atto trascritto, e restituirlo al denunziante, certificando appiè di esso di avere eseguita questa disposizione. »

(1) Art. 2234.

trenta, che si computa da quello della voltura accesa in conto proprio dall'alienatario. » Prevedendo poi il caso di un immobile aggravato da una di quelle ipoteche, per la inscrizione delle quali è accordato un termine, dispone nell'articolo 115 che « se i trenta giorni dalla voltura venissero a mancare prima del termine particolare all'ipoteca, in questo caso ai creditori resta preservato, per eseguirne utilmente la inscrizione con effetto retroattivo, un periodo di tanti giorni quanti occorrono a compire il detto termine; » e che « se al contrario il termine particolare alla ipoteca o al privilegio venisse a consumarsi prima dei trenta giorni dalla voltura, i rimanenti fino al compimento dei trenta corrono utili ai creditori suddetti per le inscrizioni dei loro titoli, ma ai soli effetti degli articoli 40 e 102 (1). » Dichiara poi nell'articolo 116 che « il termine di giorni trenta o altro maggiore competente in ordine al precedente articolo 115 è di rigore, e le inscrizioni che si accendessero posteriormente dai creditori dell'alienante sopra l'immobile alienato, restano senza effetto e non pregiudicano al nuovo proprietario, e a chi abbia causa dal medesimo. » Secondo l'articolo 834 del Codice Napoleone di Procedura i creditori dell'alienante sono sempre in tempo ad accendere le loro inscrizioni sul fondo alienato entro 15 giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione; ma non possono inscrivere che ipoteche o privilegi nati anteriormente al contratto di alienazione, perchè non essendo la trascrizione necessaria alla trasmissione del dominio in faccia ai terzi, dopo l'alienazione comecchè non trascritta nessuna nuova ipoteca può essere costituita validamente dall'alienante sul fondo alienato. Al contrario attribuendo il Legislatore Toscano alla voltura dei beni alienati gli stessi effetti che il § 189 del Regolamento Ipotecario Pontificio (2) fa nascere dalla trascrizione ese-

(1) Gli articoli 40 e 102 citati nell'articolo 115 stabiliscono quanto segue: « I creditori rivestiti di privilegi che esigono la inscrizione, se non sono solleciti di ottenerla nei termini e nei modi sopra espressi, gli perdono, e restano colla ipoteca legale che più sotto viene attribuita agli stessi loro crediti; questa però dirimpetto ai terzi non diviene efficace che dal giorno in cui è inscritta. » (Art. 40.) — « Quando le inscrizioni delle ipoteche legali delle mogli, dei minori, degli interdetti sono richieste dopo il lasso del mese di che nell'art. 100, le dette ipoteche non si rendono efficaci che dal dì in cui vengono inscritte. » (Art. 102.)

(2) N. 1133, pag. 255.

guita sui registri del Conservatore delle Ipoteche, dispone nell'articolo 117 che « mancando alla voltura, non può il nuovo proprietario impugnare, salve le rivalse che di ragione, l'effetto dei privilegi o ipoteche che venissero inscritte sul fondo dai creditori dell'alienante, *quando anche gli stessi privilegi o ipoteche procedessero da crediti formati dopo l'alienazione.* » La quale disposizione non è che la ripetizione del § 190 del Regolamento Ipotecario Pontificio. Dichiara inoltre il Motuproprio Toscano nell'articolo 118 che « quanto è disposto agli articoli 116 e 117 si applica ai minori, agli interdetti, e ad ogni altra persona privilegiata, riservati a queste persone i loro diritti come di ragione contro i tutori, curatori o amministratori. » Il Codice Napoleone accorda al terzo possessore, che vuol sottrarsi all'obbligo del pagamento dei debiti ipotecari, pei quali non è tenuto personalmente, due rimedi, cioè il rilascio e la purgazione delle ipoteche (1). Eguali rimedi gli dà allo stesso scopo il Motuproprio Toscano, il quale dispone nell'articolo 121 che l'alienatario o il terzo possessore che non vuol soggiacere alle conseguenze contro lui minacciate nell'antecedente articolo 120, o soddisfare immediatamente i creditori che hanno obbligati i beni, « ha due mezzi, quello del rilascio, e abbandono dell'immobile acquistato, e l'altro della purgazione delle ipoteche; » e che « non adottando alcuno dei detti mezzi, il creditore inscritto può provocare la vendita dello stabile. » La quale vendita giusta l'articolo 122 si domanda nel modo e colle forme stabilite nel Regolamento di Procedura al Titolo 5° della Parte 5ª « trenta giorni dopo la intimazione fatta dal creditore inscritto, contemporaneamente, al debitore di pagare, e al terzo o di pagare o di rilasciare l'immobile. » Anche il Motuproprio Toscano, ad imitazione dell'articolo 2235 del Codice di Parma, accorda in termini assoluti e senza fare alcuna differenza tra i creditori generali e i creditori privilegiati o aventi una ipoteca speciale, il benefizio dell'escussione al terzo possessore, dichiarando nell'articolo 123 che « il terzo possessore non obbligato personalmente al pagamento del debito, quando nel possesso del debitore siano altri beni specialmente o generalmente ipotecati per il debito stesso, e che si dimostrino di facile e libera escussione, può ottenere che vengano sospese le molestie contro di esso; » e che

(1) Art. 2168, 2183.

« durante la escussione di questi beni debbe sospendersi la vendita del fondo ipotecato, nè può riprendersi dal creditore fino che la escussione medesima non resulti inutile o in tutto o in parte. » Quanto al benefizio del rilascio, il lodato Motuproprio ripete in sostanza negli articoli 124, 125, 126 e 127 (1) le disposizioni degli articoli 2172, 2173 e 2174 del Codice Napoleone. Ripetendo anche la massima stabilita dall'articolo 2175 del Codice Napoleone, dispone nell'articolo 128 che « non vi è contro il terzo possessore diritto ad indennità che per i deterioramenti ad esso imputabili, e a riguardo dei soli creditori inscritti avanti o nei trenta giorni da quello della voltura; » e che « d'altronde egli ripete l'importare dei miglioramenti da esso fatti nella misura del maggior prezzo che lo stabile abbia acquistato. » Si parlò più sopra (2) della questione che si fa dagli Interpreti del Diritto Francese, se il terzo possessore per le spese e miglioramenti da lui fatti abbia il diritto di ritenzione oppure un vero privilegio esercibile nel giudizio d'ordine sul prezzo del fondo. Questo dubbio è stato tolto dall'articolo 130 del citato Motuproprio, il quale dispone che « per il rimborso della somma dipendente dall'importare dei miglioramenti non compete a questo terzo possessore gius di retenzione, ma bensì gli compete il privilegio del migliorante sul fondo migliorato, che può esercitare quando sia stato sollecito d'inscriverlo dentro un mese dal dì del seguito rilascio. » Dichiara altresì il citato articolo 130 nell'ultima parte che « la liquidazione definitiva dei miglioramenti, in questo caso, non è subordinata al rigore e alle forme prescritte per il migliorante all'articolo 17, n. 3. »

(1) « Qualunque terzo possessore avente la capacità di alienare, e che non abbia riconosciuto il debito, e non ne risponda in proprio, può devenire in caso di molestia al rilascio dello stabile ipotecato. » (Art. 124.) — « Tale rilascio debbe essere eseguito immediatamente, spirato il termine di che all'articolo 122. » (Art. 125.) — « Il rilascio non impedisce di ricuperare in appresso lo stabile medesimo, purchè la istanza per la recupera venga presentata prima della liberazione o aggiudicazione, e venga pagato dal terzo l'intiero debito e le spese. » (Art. 126.) — « Si eseguisce il rilascio del fondo presso il Tribunale del luogo ove è situato l'immobile. — Il Giudice, alla richiesta delle persone interessate, debbe nominare un amministratore al detto immobile, in contraddittorio del quale se ne consuma la vendita colle forme ordinarie. » (Art. 127.)

(2) N. 1119, pag. 213.

Io ho più sopra (1) criticata la disposizione dell'articolo 2177 del Codice Napoleone nella parte che accorda la reviviscenza dei diritti del possessore nel caso dell'aggiudicazione contro di lui eseguita. La disposizione dell'articolo 131 del citato Motuproprio, il quale stabilisce semplicemente che *col rilascio del fondo* rivivono a vantaggio del terzo possessore i diritti reali che gli competevano prima dell'acquisto, mostra chiaramente che quest'ultimo ha corretto la massima troppo generale ed estesa dell'anzidetto articolo 2177 del Codice Napoleone, restringendola al caso solo del rilascio. Eppure avanti la Regia Corte di Lucca si è agitata nell'anno 1855 una gravissima questione tra certo signor Francesco Delle Sedie e li signori Meucci Fazzi sul punto, se il mentovato articolo 131 della Legge Toscana conceda la reviviscenza delle ipoteche già competenti al terzo possessore nel solo caso del rilascio del fondo, ovvero tanto nel caso del rilascio, quanto in quello della espropriazione in odio di lui eseguita. Chiesto dall'illustre economista e giureconsulto italiano cavaliere Vincenzo Salvagnoli, avvocato del signor Delle Sedie nel detto giudizio, del mio parere *pro veritate* intorno alla intelligenza dell'anzidetto articolo 131 della Legge Toscana, non esitai a dichiarare che la reviviscenza delle ipoteche già competenti al terzo possessore è concessa soltanto dalla lodata Legge nel caso del rilascio, e non mancai di tributare i dovuti elogi al Toscano Legislatore che modificò e corresse sapientemente l'esorbitante disposizione del citato articolo 2177 del Codice Napoleone. Non incresca al lettore che io qui riporti le ultime parole del mio Voto del 20 settembre 1855 dettato da profondissima convinzione, cui l'encomiato cavaliere avvocato Salvagnoli, la cui opinione autorevolissima accordavasi colla mia, degnò per soverchio di benivolenza dell'onore della pubblica stampa (2): — « Il semplice confronto delle parole dell'articolo 131 del lodato Motuproprio con quelle dell'articolo 2177 del Codice Napoleone, e degli articoli degli altri Codici Italiani, che ne ripeterono la disposizione, fa palese la saggia ed importante riforma fatta dal Legislatore Toscano al detto articolo 2177 del Codice Napoleone. Quest'articolo 2177 è concepito nei seguenti

(1) N. 1124, pag. 225.
(2) Pisa, Stamperia Pieraccini, 1855.

termini: « Le servitù ed i diritti reali i quali competevano al terzo possessore sopra l'immobile prima che ne prendesse possesso, *rivivono dopo il rilascio del fondo o dopo l'aggiudicazione contro lui eseguita.* » L'articolo 2071 del Codice delle Due Sicilie ripete la medesima massima cogli stessi termini: « *Rivivono dopo il rilascio del fondo, o dopo l'aggiudicazione contro lui eseguita.* » Fa altrettanto il Codice di Parma nell'articolo 2243: « *Rivivono dopo l'abbandono del fondo, o dopo l'aggiudicazione contro lui eseguita.* » L'articolo 2295 del Codice di Sardegna è dello stesso tenore: « *Rivivono dopo il rilascio da lui fatto, od il deliberamento contro di lui eseguito.* » Il Legislatore Toscano al contrario nell'articolo 131 dispone ciò che segue: « *Col rilascio del fondo* rivivono a vantaggio del terzo possessore tutte le servitù e i diritti di dominio, che gli competevano sopra il fondo prima che ne avesse il possesso, e rivivono pure i privilegi e le ipoteche conseguite sul medesimo prima dell'acquisto. » Quest'articolo, lungi dal ripetere l'intera disposizione dell'articolo 2177 del Codice Napoleone, e quella degli altri Codici sopraccitati, si limita a proclamare la reviviscenza dei diritti reali del terzo possessore nel caso del rilascio. Potrebbe essere più chiara la disposizione del detto articolo 131? Potrebbe essere più apertamente manifestata la volontà del Legislatore Toscano? Non è evidente, che il medesimo ha modificata e corretta la disposizione dell'articolo 2177 del Codice Napoleone, e quella degli altri Codici sopraccitati, togliendole ciò che essa avea di illogico e di contrario agli inconcussi principj dell'antica e moderna legislazione? Io non credo, che nella dotta Toscana vi sarà alcun giureconsulto, che voglia tòrre colla sua interpretazione all'Autore della Legge Ipotecaria il merito di una sì bella riforma, ed estendere la massima del detto articolo 131 anche al caso dell'aggiudicazione fatta in odio del terzo possessore. Questo sarebbe invero un caso strano, e da recar meraviglia! Imperocchè, mentre i giureconsulti si sforzano a tutto potere di migliorare colla interpretazione le leggi scritte del proprio paese, o temperandone il soverchio rigore, o purgandole dai difetti di cui sono viziate per colpa del legislatore, dimenticando non rare volte l'avvertimento, che loro dà Costantino nella L. 1, C. *De legibus,* il giureconsulto, che avvisasse di estendere la massima dell'articolo 131 al caso dell'aggiudicazione eseguita

contro il terzo possessore, farebbe uso della facoltà dell'interpretare non per correggere e migliorare, ma sì bene per guastare e corrompere la saggia disposizione del Toscano Legislatore. Io non temo di dirlo: questo giureconsulto colla sua interpretazione renderebbe difettosa e cattiva una disposizione uscita dalla penna del Legislatore bella e pura del vizio notato di sopra, di cui è infetta la disposizione dell'articolo 2177 del Codice Napoleone. Mi si dirà, che quando le regole a cui devono attenersi i giureconsulti nella interpretazione delle leggi domandassero la estensione della disposizione dell'articolo 131 al caso dell'aggiudicazione fatta in odio del terzo possessore, ne ricadrebbe la colpa nel Legislatore, e non nel giureconsulto. Io ciò non nego; ma sostengo altresì con piena convinzione d'animo, che tutte le regole, a cui debbono por mente i giureconsulti quando si tratta della interpretazione di una legge, non solo non domandano la estensione della disposizione dell'articolo 131 al caso dell'aggiudicazione fatta in odio del terzo possessore, ma chiaramente e nel modo il più assoluto a tal maniera d'interpretazione ripugnano e contraddicono. E infatti, quando le parole della legge sono chiare, e non ammettono alcun dubbio, non si fa luogo all'interpretazione, quand'anche la legge senta di soverchio rigore, e ai principj dell'equità sia contraria. In questo caso il giureconsulto deve piegare il capo e ripetere le parole che dice Ulpiano nella L. 12, § 1, D. *Qui et a quib. manumissi:* « Quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est. » Allora soltanto può il giureconsulto ricorrere alla interpretazione, quando le parole della legge non sono chiare e lasciano luogo a qualche dubbio (1). Io sfido il più sofistico e cavilloso giureconsulto a trovare ombra di dubbio nelle chiarissime parole dell'articolo 131 della Legge Ipotecaria Toscana. Dichiara quest'articolo, che i diritti reali del terzo possessore rivivono *col rilascio del fondo.* La parola *rilascio* non ha mai dato luogo, e non può fornir pretesto a dubbiezze. Per estendere la reviviscenza fuori del caso del rilascio, bi-

(1) « Quod si verba legis non sint usque adeo clara, ut excludant omnem interpretationem ex bono et æquo, neque usque adeo obscura quin mens legislatoris ex antecedentibus aut consequentibus elici possit, hic dabitur locus interpretationi etiam privatorum, seu jurisconsultorum aut judicum qui verba legis ad sententiam interpretando accomodent. » (Vinnii, *Select. Jur. Quæst.* lib. 1, cap. 2.)

sogna assolutamente far dire al Legislatore quello che non ha detto e non ha voluto dire. Il Codice Napoleone e gli altri Codici Italiani, che ne seguirono l'esempio, ammisero la reviviscenza dei diritti reali del terzo possessore anche nel caso dell'aggiudicazione eseguita contro di lui, e perciò non si contentarono di dire, che rivivono i diritti del terzo possessore — *dopo il rilascio del fondo,* — ma aggiunsero — *o dopo l'aggiudicazione contro lui eseguita.* — Perchè una tale aggiunta? Perchè la parola *rilascio* non potendo riferirsi all'aggiudicazione eseguita contro il terzo possessore, era necessario esprimere altresì questo caso non compreso nella parola *rilascio.* Se il Legislatore Toscano, nel ripetere la disposizione degli altri Codici, ha taciuta l'aggiunta — *o dopo l'aggiudicazione contro lui eseguita,* — è chiaro, che non ha voluto estendere la reviviscenza oltre il caso del rilascio. Per me è così evidente la intenzione del Legislatore espressa nell'articolo 131, che non potrò mai persuadermi che possa questo fornire argomento di dubbio e di questione. D'altra parte qualora le dubbie parole del Legislatore lasciassero luogo alla interpretazione del giureconsulto, quando è che l'interpretazione estensiva è permessa? A questa dimanda fa chiara risposta Giuliano nella L. 12, D. *De legibus:* « Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus, aut senatusconsultis comprehendi; sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet. » Può dunque esser lecito al giureconsulto usare l'interpretazione estensiva nei casi simili a quelli espressamente contemplati dalle parole del legislatore. Ora, il caso dell'aggiudicazione eseguita contro il terzo possessore è forse simile a quello del rilascio? No, assolutamente no. Sono questi due casi tanto diversi, quanto è diversa la pena dal mezzo suggerito dalla legge per evitarla. Non dice chiaramente l'articolo 121 della Legge Ipotecaria Toscana, che il terzo possessore, che non vuol soggiacere alle conseguenze dell'azione ipotecaria, e soddisfare immediatamente i creditori, che hanno obbligato i beni, ha due mezzi, quello del rilascio, ossia abbandono dell'immobile acquistato, e l'altro della purgazione delle ipoteche; e che non adottando alcuno dei detti mezzi, il creditore inscritto può provocare la vendita dello stabile? Il rilascio è dunque uno dei due mezzi legali dati dalla legge al terzo possessore per sottrarlo al giudizio di

espropriazione, e la vendita provocata dai creditori ipotecari è la pena a colui riserbata, che non adottò alcuno dei mezzi che lo potevano salvare. Dica chi ha fior di senno, se questi due casi sono simili, e se la disposizione dell'articolo 131 che accorda la reviviscenza dei diritti reali del terzo possessore nel caso del rilasciò del fondo, possa con interpretazione estensiva applicarsi altresì al caso della vendita eseguita in odio del terzo possessore. La reviviscenza dei diritti già spenti è certamente un gran favore, e un gran benefizio accordato dalla legge al terzo possessore, il quale senza un' espressa concessione del legislatore non potrebbe mai farli rivivere. Vorranno i giureconsulti far degno di questo favore concesso nel caso del rilascio il terzo possessore, che per non avere voluto adottare i rimedi datigli dalla legge incorse nella pena della espropriazione? Si dirà che ripugna all'equità che il povero possessore, che subisce la espropriazione per un debito non suo e a cui vien tolto il fondo, debba anche perdere i diritti reali che sopra il medesimo fondo a lui competevano. Ma i fatti compiuti sono uno scoglio contro cui rompe la equità del legislatore. Il terzo possessore non perde i diritti reali, che avea sul fondo, in forza dell'azione reale intentata dai creditori ipotecari, e in conseguenza del giudizio di espropriazione contro di lui eseguito. Egli avea già perduto i diritti reali a lui spettanti sin da quando acquistò del fondo la proprietà, e non può pretendere che la legge gli faccia rivivere diritti legalmente spenti, mentre egli trascurò il mezzo legittimo che li avrebbe *ipso jure* richiamati a vita novella. Di fatti il danno che soffre il terzo possessore in causa del giudizio di espropriazione eseguito in odio di lui dai creditori ipotecari, deve certamente essere ristorato; ma non altri che il debitore principale obbligato personalmente al pagamento dei debiti, pei quali fu mossa l'azione ipotecaria, deve dargli il dovuto indennizzamento. E a questa giusta pretesa del terzo possessore ha fatto ragione la Legge Toscana, la quale nell'articolo 132 riserva al terzo possessore i suoi diritti, come di ragione, contro il debitore principale. Il quale ultimo articolo ora citato mi fornisce un nuovo argomento, che a me pare irrefragabile, per dimostrare che la reviviscenza, di cui parla l'antecedente articolo 131, non si può estendere oltre il caso del rilascio. Nel capitolo, che tratta *delle iscrizioni nei casi di alienazione e dei loro effetti contro i terzi,* il Legis-

latore Toscano si fa a considerare la condizione del terzo possessore in faccia ai creditori ipotecari inscritti sul fondo, e dichiara nell'articolo 121 che il terzo possessore deve, o soddisfare immediatamente i creditori che hanno obbligato il fondo, o farne il rilascio, o procedere al giudizio della purgazione, o subire la espropriazione. Sono questi i risultati necessari dell'azione reale spettante contro il terzo possessore ai creditori ipotecari. Ma in qualunque caso la legge gli riserva nell'articolo 132 i suoi diritti, come di ragione, contro il debitore principale. Ora, perchè la legge nell'articolo 131, quando parla del benefizio della reviviscenza dei diritti del terzo possessore, si limita a dire che *col rilascio del fondo* rivivono a vantaggio del terzo possessore le servitù e i diritti che gli competevano sopra il fondo prima che ne avesse il possesso, mentre quando si tratta del regresso spettante al terzo possessore contro il debitore principale, dichiara apertamente che restano a lui preservati i suoi diritti come di ragione *in tutti i casi detti di sopra?* Questo differente linguaggio tenuto dal Legislatore nei detti due articoli 131 e 132 spiega chiarissimamente la volontà di lui, e mostra con tutta evidenza che la reviviscenza, accordata nel caso del rilascio, non può aver luogo in quello della espropriazione eseguita contro il terzo possessore, il quale in questo caso non ha altro rimedio che l'azione di regresso per essere rilevato secondo giustizia dal debitore principale obbligato personalmente al pagamento dei debiti ipotecari. Così io intendo e spiego la disposizione dell'articolo 131 della Legge Ipotecaria Toscana, e tengo per fermo che l'ostinato attaccamento ad una disposizione del Codice Napoleone non vorrà esser causa di una falsa interpretazione, e mandar fallito il pensiero del Toscano Legislatore, che coll'articolo 131 del suo Motuproprio modificava sapientemente e correggeva la troppo larga disposizione dell'articolo 2177 del mentovato Codice. » — Male mi apposi profetizzando che l'ostinato attaccamento ad una disposizione del Codice Napoleone non sarebbe stato causa di una falsa interpretazione del troppo chiaro articolo 131 della Legge Ipotecaria Toscana. Imperocchè la Regia Corte di Lucca, non curando nè le parole nè lo spirito del citato articolo 131, giudicò con sentenza del 16 aprile 1856 doversi ammettere la reviviscenza delle ipoteche del terzo possessore non solo nel caso del rilascio, ma in quello altresì della espropriazione del fondo in

odio di lui eseguita. Contro la citata sentenza ricorse il signor Delle Sedie alla giustizia della Corte di Cassazione di Firenze (1);

(1) Il prelodato cav. Salvagnoli giustificò il ricorso del signor Delle Sedie avanti la Corte Suprema di Cassazione con una dottissima Memoria pubblicata in Firenze nel 1857 coi tipi Niccolai, onde con irrepugnabili ragioni fu messo in chiaro il vero concetto del Legislatore, e dimostrata luminosamente l'impossibilità della parificazione fra il caso del rilascio e quello della espropriazione forzata. E trattandosi di un punto di grandissima importanza, che è tutto sulla intelligenza ed interpretazione di una nuova legge correttrice di una disposizione del Codice Napoleone, mi reco a vanto di poter confermare e convalidare la opinione ch'io difendo colle stesse parole di un venerato Giureconsulto, che tanto onora la nostra Italia. Ma non comportando l'indole di questo mio libro ch'io riporti tutta per disteso la detta Memoria, mi limito alla sola parte, nella quale sono sviluppate le ragioni *economiche*, da me non toccate, escludenti ogni possibile parificazione fra gli accennati due casi, del rilascio cioè e della forzata espropriazione.

« Il credito fondiario ha per base la sicurezza che gl'immobili offrono al capitalista, tanto pel puntuale pagamento degl'interessi, quanto pel ritiro della somma mutuata. Quindi fu un problema difficile, e, come tale, occupò le menti dei savi, il favorire il credito più esteso con le maggiori garanzie. Ed egregiamente notò il Grenier al Tribunato, parlando sulla legge ipotecaria, che: « *lo stato più florido sarà quello in cui sotto gli* » *auspicii di una legge animatrice della riunione dei mezzi pecuniari,* » *col proteggere l'imprestito, l'uomo industrioso potrà attrarre a sè quei* » *capitali che in altre mani sarebbero rimasti oziosi, e rendere utile il* » *suo commercio, la sua fabbrica, il suo negozio; o impiegando il* » *prodotto della sua economia o dei lavori che non è più in grado di* » *continuare, potrà con sicurezza acquistare un dominio fondiario.* » Se si toglie all'imprestito una tale tutela, se si diminuiscono queste garanzie, vedremo il capitale, che è d'indole timorosa e vuole la sicurezza, nascondersi nelle arche: vedremo disseccarsi le fonti delle ricchezze nazionali, e ad uno stato di prosperità succederne altro di miseria, nel quale mal saprebbesi giudicare chi fosse più povero, se il capitalista costretto a serbare infruttiferi i propri danari, o l'uomo laborioso condannato all'inerzia, perchè gli mancano i mezzi per isvolgere e fecondare la sua operosità. Garantito e protetto il credito fondiario, meravigliosi sono gli effetti che ne sorgono. Passando il capitale in mani industriose si vedono accresciuti i prodotti della terra; se ne avvantaggiano le manifatture e le industrie tutte che altrimenti sarebbero venute meno, o avrebbero languito per difetto di capitale. Quindi bene osservava il Sismondi (*Nouveaux principes d'Economie politique, vol. I, cap. 11, De la vente des propriétés territoriales*): « *La législation territoriale de-* » *vrait donc tendre à rapprocher sans cesse le capital mobilier du ca-*

ma inutilmente. La Suprema Corte mancò questa volta a sè stes-

» *pital fixe, à réunir les propriétés que les Anglais nomment person-*
» *nelles à celles qu'ils nomment réelles.* » Ora questo grandissimo benefizio devesi tutto ad un congruo e compiuto sistema ipotecario. Ma nel tempo istesso che la legge fa della terra una garanzia al capitalista, deve procurarne la facile commerciabilità rendendone sicuro l'acquisto al compratore. La disputa presente non ci richiama a vedere quali sono i mezzi adibiti dalla legge per questo secondo effetto: dobbiamo vedere quelli del primo. Hanno variato secondo i tempi le legislazioni nello stabilire i modi, pei quali si poteva conseguire questo effetto. I primi Romani non conobbero altra sicurtà per le obbligazioni, che nella materiale tradizione del pegno, che così chiamarono a *pugno, quia res quæ pignori dantur manu traduntur.* (*Leg.* 238 *ff. de verb. signif.*) In appresso crearono l'ipoteca assoggettando la cosa all'azione del creditore, e permisero al debitore di ritenerla, sebbene ad altri obbligata. L'esercizio dell'azione ipotecaria, che muoveva da un solo principio, l'*jus in re*, e tendeva ad un solo fine, l'adempimento dell'obbligazione, si manifestava in due modi diversi: o trasferiva il possesso della cosa obbligata per modo precario nel creditore, lasciando nel debitore la proprietà, affinchè quegli giungesse a pagarsi sfruttando il fondo, di cui eragli conferita l'amministrazione; o investiva la cosa, e la toglieva di mano al debitore per eseguirne la vendita e pagarsi col prezzo. Il primo modo di agire era chiamato *actio ad fruitionem*, e prese in seguito il nome di *utile interdetto salviano*; il secondo fu detto *actio ad distractionem*, e fu l'ipotecaria propriamente detta. Laonde perseguitare, possedere, vendere il pegno, riscuoterne il prezzo erano per la legislazione romana i diritti dei creditori ipotecari. La vendita però era facoltativa, non necessaria: il creditore non poteva esservi astretto: imperocchè giureconsulti ed imperatori proclamarono sempre essere *satis inhumanum invitum creditorem cogi vendere.* (*Leg.* 6 *ff. de pignor. action., leg.* 2 *cod. debit. vend. pig. imped.*) La procedura antica dava dunque al creditore la libertà della scelta fra l'*actio ad fruitionem* e l'*actio ad distractionem*. Da questa libertà di ozione si credeva che nascessero i seguenti vantaggi: 1° Chi agiva nel quasi salviano non era obbligato a dimostrare il titolo del creditore sul fondo, ma unicamente a giustificare che la cosa fosse *in bonis* del debitore (*Negusant. de pignor. memb. VIII n.* 25;) 2° Che il titolo del creditore bastava di per sè stesso a far nascere contro il debitore il diritto al possesso, senza indagare se esistessero o no diritti poziori. Così con l'azione ipotecaria si agiva solamente quando il titolo dei creditori era contrastato, o dubbio il possesso del debitore costituente il pegno. Dalle quali premesse è facile comprendere come la semplicità delle forme e delle prove del giudizio salviano, lo facessero preferire all'azione ipotecaria vera e propria: ed è del pari facile il concludere come nel sistema romano, che ha avuto forza di legge fino ai nostri giorni, l'ipotecaria fosse generalmente e più spesso diretta al *possesso* che alla vendita del fondo obbligato. Se non

sa, e posti in non cale gl' irrefragabili argomenti che milita-

che questo sistema, sebbene semplice, perchè primitivo, non era nè poteva essere più a lungo tollerato, per i danni economici che arrecava alla proprietà territoriale. Quantunque il salvianista fosse obbligato al rendimento dei conti e all' amministrazione del buon padre di famiglia (*leg.* 14 *ff. de pignor. act.*), è vero altresì che queste disposizioni trovarono ostacolo nella natura del possesso salviano, il quale essendo precario era causa piuttosto d' ignavia del possessore, che nella sua semplice qualità di usufruttuario non poteva intraprendere culture richiedenti gran capitale, e lungo tempo, ed era indotto più a sfruttare che a migliorare; più la distruggere, anzi che a conservare, in breve spazio di tempo la potenza produttiva del fondo. È infatti funesto alla proprietà territoriale il possesso nelle mani di chi non ha interesse a migliorare, di guisa che egli restituisce i fondi a grado a grado, per usare le belle parole del Nicolini, all' impero indomito della natura selvaggia, o esercita su di essi un' azione devastatrice, e non mai vi spende le cure di un buon cultore. Quelle leggi adunque erano avverse alla pubblica economia, in quanto mantenevano i fondi in quelle condizioni precarie sì perniciose alle proprietà immobili. Nè più vantaggiose erano di fronte ai creditori, perchè essi dovevano rimborsarsi coi frutti del fondo del loro capitale e quindi questo ricevevano frazionato e inabile ad essere impiegato di nuovo, mentre più facilmente avrebbero ritirato il loro credito col prezzo di quello, e perchè bene spesso potevano essere evitti da altri creditori che vantando diritti reali poziori avevano agio di spogliarli della loro detenzione, investendoli coll' *actio ad distractionem:* ed è noto il principio che sotto tali provvidenze legislative si insegnava, *sic fit ut qui vincit in salviano, non vincat in hypothecaria.* E così il credito che avrebbe dovuto esercitare sulla proprietà territoriale un' influenza vivificatrice, le diveniva funesto senza giovare, anzi nuocendo sovente a sè medesimo. Ma ai nostri giorni meglio si conobbero i principii economici che dovevano regolare e proteggere il credito fondiario: quindi, fatta palese la insufficienza delle leggi romane, e del diritto comune a tal uopo, fu cambiato sistema. Ciò fu più necessario in Toscana ove le proprietà e le culture son piccole e in mano de' contadini; i quali ne' beni in salviano, cioè *senza effettivo* padrone, non facevan che l' utile proprio: e così venivano tolti tutti i vantaggi economici e morali del sistema della mezzeria. Prima riforma fu e dovè essere quella di abolire il salviano: l' azione ipotecaria non fu più duplice, ma una; non più azione al possesso, ma al prezzo del fondo venduto al pubblico incanto; moneta era stata data, e moneta doveva restituirsi con celerità di forme e di giudizi. Così le leggi del 2 Maggio 1836 e del 7 Gennaio 1838, regolando la materia ipotecaria e i giudizi esecutivi, miravano a servire al duplice fine cui deve tendere ogni buona legislazione ipotecaria, cioè: 1° Alla libertà dei fondi, che per essere liberi divengono capaci di risvegliare l' industria e le cure dei loro acquirenti; 2° Alla pronta restituzione del capitale, che posto dal creditore di

vano in favore del signor Delle Sedie, mise il suggello

nuovo in circolazione, compiva altre funzioni economiche e sodisfaceva ad altri bisogni. Per diverse vie la legge ipotecaria volle raggiungere il fine di convertire il fondo in danaro, e secondo la diversità delle relazioni giuridiche fra il fondo e il possessore venivano esercitate le azioni ipotecarie. La vendita del fondo, che a tale oggetto non è più facoltativa per il creditore che agisce coll'ipoteca, ma necessaria, può promuoversi: o contro il debitore principale, il quale sia sempre al possesso dell'immobile ipotecato; o contro il terzo che lo abbia acquistato. Relativamente all'espropriazione che si eseguisce contro il debitore principale, il legislatore null'altro deve curare che stabilire un buon sistema di procedura per il quale si evitino, per quanto è possibile, gli ostacoli e le liti, si limitino le eccezioni, si affrettino i termini e si imprima un corso rapido agli atti. E a questo provvide, a senso suo, il legislatore nostro colla legge del 1838 sopra citata. Ma rispetto all'espropriazione promossa contro il terzo possessore, il conseguimento del duplice scopo della legge non può solo ottenersi da un buon sistema di procedura; è mestieri che la legge ponga il terzo possessore nella necessità di non avversare, ma di facilitare il conseguimento del suo fine. E così per le premesse osservazioni noi ci troviamo di fronte alla questione vitale della causa. La legge ha lasciato il terzo possessore libero di ottare fra i seguenti partiti: o pagare il debito per il quale è escusso; o rilasciare il fondo che egli possiede ad altri ipotecato, perchè se ne faccia la vendita nelle forme e nei modi da essa stabiliti; o subire la espropriazione coattiva. Se paga il debito, il terzo possessore subentra nei diritti del creditore che ha dimesso. (*Art.* 186 *della legge del* 2 *maggio* 1836.) Se il terzo possessore rilascia il fondo nelle mani del giudice ei risolve col fatto proprio il dominio che su di esso aveva acquistato, la legge per remunerazione del non danneggiare i creditori inscritti, gli resuscita per privilegio le ipoteche e i diritti reali che gravavano sul fondo a favore suo, e che per la compra sua erano rimaste estinte. Se il terzo possessore subisce l'espropriazione coattiva, avrà luogo una tale reviviscenza? La legge doveva negarla, e la negò; e doveva negarla perchè il terzo possessore nuoce ai creditori inscritti sostenendo il *suo dominio* e sottoponendosi alla espropriazione coattiva. Così il creditore divenuto terzo possessore può porsi in armonia con la legge o pagando il debito o rilasciando il fondo: si pone in opposizione con essa quando invece di secondarla l'avversa, sostenendo il suo dominio e preferendo al rilascio la espropriazione. Ora la differenza che corre tra il caso del rilascio e quello della espropriazione coattiva è manifesta, ed è evidente la ragione per la quale non si possono parificare e confondere sotto un medesimo principio queste due contingenze affatto opposte. Quanto è giusto accordare la reviviscenza dell'ipoteca nel primo caso, altrettanto è il negarla nel secondo. Ed invero i principii economici non rimangono lesi richiamando a nuova vita i diritti reali già estinti in favore del terzo possessore rilasciante; e la legge procede in tale disposizione nei limiti della equità e della giustizia, imperocchè sa bene che

coll'autorità della sua decisione del 7 aprile 1857, onde

colui che rilascia il fondo mostra la sua intenzione di non frapporre ostacoli al fine cui essa tende, ma anzi di volere col fatto proprio cooperare al conseguimento di questo. Agevole è intendere come quanto più presto liberi saranno i fondi, tanto più pronta sarà la restituzione dei capitali, ogni qualvolta al terzo possessore che per evitare le liti rilascia l'immobile acquistato, si accordi il benefizio della reviviscenza della ipoteca. Il terzo possessore è posto dalla legge nell'alternativa di scegliere fra il dominio e l'ipoteca. Se preferisce questá e abdica quello, sarebbe sovranamente ingiusta la legge quando non sancisse la reviviscenza; negandogliela, sarebbe lo stesso che il dare ansa alle questioni giudiciali, ai giudizi di espropriazione coattiva, e ad allontanare così la restituzione dei capitali, ed inceppare il commercio e le industrie. I creditori non soffrono alcun pregiudizio dal fatto occulto e passeggiero dell'acquisto del fondo per parte del terzo possessore: sarebbe incivile che essi ne risentissero un vantaggio. Incivile sarebbe il togliere ogni gius d'ipoteca a quel creditore che divenne proprietario e posteriormente renunziò a tale sua qualità, mentre se egli fosse fatto poziore in grado, si vedrebbe con manifesta iniquità a tutti posposto e nella deficienza d'altri beni del debitore resterebbe insoluto. D'altro lato i creditori potranno trovare pagamento nella stessa guisa quando il terzo possessore rilasci; il prezzo sarà egualmente distribuito. L'acquisto del dominio non ha arrecato verun danno ad essi: è un fatto che si consumò fra il terzo possessore e il debitor principale: è un fatto che non fu reso ad essi noto: nè il terzo possessore li obbligò a riconoscere quel contratto dal quale ebbe nome e potestà di proprietario; che anzi egli stesso mostrò di non volerveli obbligare, ogni qualvolta alla prima intimazione da essi trasmessa egli rinunziò ai diritti di proprietà. L'acquisto del dominio si ritiene come non avvenuto, dappoichè a considerarlo come tale avanti ogni altro è il terzo possessore: il fondo è rimasto qual era: e l'acquirente, lungi dall'ostinarsi nei diritti di proprietario, vi renunzia, fa causa comune coi creditori e torna a prendere quel grado che per contratto o per legge gli spettava. Ma ben diverso è il caso della espropriazione. Se il terzo possessore si pone in opposizione colle domande dei creditori, se preferisce di correre l'alea o di escludere i creditori ipotecari, o di veder consumata l'espropriazione a suo carico; allora egli non si presenta ai creditori nella qualità di attento creditore ipotecario, ma di avverso padrone. È nel dominio che vuol rimanere: è per il dominio e nel dominio che viene compulsato dagli altri creditori; è infine perchè fida solo nel dominio e punto nella ipoteca, che non curandosi di questa si difende in quello. Così mentre nel primo caso cessa l'avvenuta confusione delle azioni di debito e di credito, persiste nel secondo: e a sè stesso deve imputare il terzo possessore la perdita dell'ipoteca, dappoichè avendo ad essa preferito il dominio, è mestieri ch'ei subisca le conseguenze di tale ozione. Nè si creda che il terzo possessore sempre capricciosamente insista nel dominio del fondo: perchè può essere a ciò

fu rigettato il ricorso, alla erronea interpretazione data

condotto da varie cause: in quanto che o può sperare dalla sua insistenza di trarre un lucro e rimanere in definitivo liberatario di quei beni al possesso dei quali si trova; o può per ragioni di affezioni particolari desiderare di rimanere proprietario del fondo; o può finalmente credere, molestando i creditori, di ottenere da essi transazioni e renunzie ai loro diritti per un premio a sè vantaggiosissimo. Ora quando queste differenze nella volontà del terzo possessore non bastassero a convincer la Corte della diversità fra i due casi; a togliere ogni dubbio in proposito, basta accennare che il fatto del terzo possessore in quest'ultima contingenza è avverso al fine della legge ipotecaria, e quindi è dannoso alla pubblica e alla privata economia. È avverso al fine della legge, e quindi pregiudicevole alla pubblica economia, perchè l'opposizione del terzo possessore rende più difficile il conseguimento dei capitali, e il proscioglimento dei vincoli ipotecarii. È noto come un giudizio di espropriazione coattiva suscita sempre gravi controversie: perchè intanto i creditori debbono difendersi e dal debitore principale e dal terzo possessore: così le opposizioni si duplicano; le liti si perpetuano, e il giorno della restituzione dei capitali diviene sempre più remoto; dal che nasce conseguentemente che il proscioglimento dei vincoli diviene più tardivo, e i fondi rimangono più a lungo inceppati dagli oneri reali che sono ostacolo alla loro commerciabilità. Quindi è evidente che per il fatto del terzo possessore che insiste nel dominio la circolazione del capitale è impedita o almeno differita; i beni rimangono più a lungo vincolati; il coraggio e la fiducia dei capitalisti viene diminuita; perchè vedendo le interminabili sequele di un giudizio di espropriazione coattiva, cercano piuttosto di affidare all'industria artiera o mercantile anzi che alla industria territoriale i loro danari. Non è lieve e quindi inattendibile il danno che soffrono gli altri creditori per il fatto del terzo possessore, il quale spinge il giudizio fino alla espropriazione coattiva. Infatti non lo possono considerare come un concreditore, ma sibbene come un domino che non lascia loro il pegno comune, ma nel possesso di questo insiste e si ostina. Dal che nasce che se vogliono ottenere la restituzione di quanto è loro dovuto, sono costretti a promuovere il giudizio di espropriazione, di anticiparne le spese, e a soffrirne le dilazioni e tutte le sequele. Pertanto se tale e tanta differenza vi ha fra il caso del rilascio e quello della espropriazione coattiva; se in quest'ultimo è avversato dal fatto del terzo possessore il fine della legge; se i creditori ne sono pregiudicati: sembra a noi che giustamente e con senno e previdenza economica il legislatore toscano avesse ragione di decretare la reviviscenza della ipoteca in favore del solo rilasciante, e di negarla all'espropriato. L'equiparare i due casi del rilascio e dell'aggiudicazione all'effetto della reviviscenza dell'ipoteca sarebbe un convertire un giusto provvedimento in una iniquità, in quantochè la legge abbandonerebbe al capriccio del terzo possessore la condizione dei creditori. E sarebbe anzi presumibile che ove egli fosse certo di riacquistare e nell'una e nell'altra ipotesi le garanzie

dalla Regia Corte di Lucca all'articolo 131 della Legge Ipotecaria Toscana (1). I motivi della sentenza, qui sotto riportati, della

già perdute, non mai si appiglierebbe al partito di rilasciare perchè insistendo nel dominio del fondo, sperimenterebbe i propri diritti contro i creditori ipotecari, senza che questi potessero, avvenuta la espropriazione, ritorcergli il fatto e la volontà propria; potrebbe abusare della sua posizione in danno dei creditori, illaquearli e costringerli a transazioni: sicchè in breve, certo di nulla perdervi, sicuro di specularvi, avrebbe potere di stancar la pazienza di essi; e dopo che questi avessero superata e vinta la sua ostinazione, li costringerebbe a riceverlo nella loro quasi società da cui volontariamente egli stesso si era bandito. Ma queste anomalie repugnano ad una buona legge: e la nostra, che tale può dirsi in questo proposito, non le sanzionò: il legislatore previdente restringendo la reviviscenza dell'ipoteca al solo caso del rilascio, la negò apertamente per l'altro della espropriazione; ed ebbe ragione di negarla, perchè ebbe in considerazione l'importanza del danno economico che arrecava il terzo possessore. Quindi estendere quel benefizio anche fuori del caso per cui è specialmente concesso, è falsare lo scopo della legge, è tradire il concetto e la volontà del legislatore. » —

(1) Ecco i principali motivi della sopra citata sentenza della Corte di Cassazione di Firenze, i quali riguardano, indipendentemente da qualsiasi considerazione di fatto, l'interpretazione del mentovato art. 131 della lodata Legge Toscana:

« Considerando, che oltre l'enunciato motivo tratto dalla specialità del caso in esame, un altro motivo indipendente condusse la Corte Regia a ritenere la più volte rammentata equiparazione dei due casi: considerò essa in primo luogo che tanto nel caso del rilascio, quanto in quello della espropriazione forzata, verificandosi la evizione del terzo possessore, ne conseguiva che la stessa ragione della reviviscenza delle primitive ipoteche, la cessazione cioè del dominio, o sia la cessazione della causa che aveva prodotta la confusione, militava in ambedue i casi; e quindi tale identità di ragione voleva anco la identità della disposizione della legge nell'uno e nell'altro caso: e considerò in secondo luogo che l'articolo 131 della legge ipotecaria, non essendo concepito in termini tassativi e restrittivi, ma in termini bensì enunciativi, non era dato dal suo silenzio intorno al caso della espropriazione coatta argomentare che in questo fosse negato ciò che nell'altro leggevasi concesso. »

» Considerando, che ambedue le ragioni del riferito motivo, lungi dal far meritare alla sentenza denunziata la censura di aver violato l'articolo 131 nella sua lettera e nel suo spirito, dimostrano invece come essa con la scorta di principii e di regole di diritto bene lo interpretasse.

» Che infatti identità di ragione in ambedue i detti casi si verifichi non è dato dubitare, perchè, come nel caso del rilascio si fa luogo alla reviviscenza in quantochè cessando con la successiva aggiudicazione del fondo rilasciato il dominio nel terzo possessore viene egli ad essere evitto,

Corte di Cassazione non poterono modificare la mia opinione intorno al punto, di cui ora discorro, e non temo di dire francamente

così e per la stessa ragione altrettanto accade nel caso di espropriazione, essendo certo in ordine al romano diritto che nel caso in cui il creditore abbia comprato l'immobile affetto alla ipoteca del suo credito, e che poi in forza dell'azione ipotecaria intentata da altro creditore preesistente all'acquisto sia stato costretto a restituire il pegno, e vale a dire sia stato evitto, si faceva egualmente luogo alla reviviscenza della sua primitiva ipoteca, e soltanto era questione nel diverso caso in cui il creditore ipotecario avesse ricevuto in soluto pagamento il fondo sul quale aveva l'ipoteca: e ciò per la ragione che nel primo caso vi è semplicemente confusione, la quale perseverò fino a che perseverava l'acquistato dominio, e nel secondo caso vi è confusione e novazione, sebbene anco in questo caso fosse prevalente la più equa opinione favorevole alla reviviscenza, perchè irrevocabile occorre che sia il dominio della cosa data in pagamento, onde la conseguenziale estinzione delle ipoteche preesistenti sia anche essa definitiva.

» Che poi non esistano ragioni sostanziali e valutabili di differenza tra l'uno e l'altro caso si fa manifesto se si rifletta primieramente che l'espropriazione, cui si sottomette il terzo possessore, non ritarda lo svincolamento dei beni dagli oneri che vi erano infissi, nè il rilascio lo accelera, poichè la vendita nell'uno e nell'altro caso si consuma colle forme ordinarie (articolo 127 legge 2 Maggio 1836), e solo nel secondo caso richiedesi l'atto del rilascio che deve però farsi immediatamente spirato il termine di 30 giorni assegnato nella intimazione (art. 122 di detta legge), e richiedesi il decreto di nomina di un amministratore all'immobile rilasciato, decreto che quanto al computo del tempo e delle spese trova corrispondenza con quello d'ordine di sequestro delle rendite e dei frutti degli stabili investiti, e di nomina di un economo alla loro custodia ed amministrazione (art. 61 legge 7 Gennaio 1838). E se si rifletta in secondo luogo, che non mostra di ostinarsi nel dominio e di preferirlo all'ipoteca quel terzo possessore che non profitta dell'alternativa di che nel più volte citato articolo 121, e si lascia invece espropriare, perchè nell'uno e nell'altro caso la perdita irretrattabile del dominio non si verifica se non coll'aggiudicazione; e quindi tanto colui che rilascia, quanto colui che si lascia espropriare conoscono fino a quanto può continuare il loro dominio, e conoscono come in ambedue i casi inevitabile ne sia la perdita, essendo la vendita del pegno comune tanto in ordine al gius nostro, quanto in ordine al romano diritto il compimento della intentata azione pignoratizia o ipotecaria.

» Considerando, che rettamente del pari ritenesse la deferita sentenza, non potersi dal silenzio del controverso articolo 131 argomentare la negata reviviscenza delle primitive ipoteche a carico del terzo possessore espropriato, apparisce dall'avvertire, che non essendo il predetto articolo concepito in termini tassativi e restrittivi, con tutta ragione era dato in-

che mi resero sempre più convinto non potersi dare alla citata disposizione dell' articolo 131 della Legge Ipotecaria Toscana una interpretazione diversa da quella che propugnò e difese avanti le Corti di Lucca e di Cassazione il potente ingegno dell' avvocato Salvagnoli nel citato giudizio Delle Sedie con Meucci Fazzi. E va-

ferirne, che la parola « rilascio » non fosse adoperata a denotare tassativamente il rilascio, che dicono volontario, ma che fosse invece adoperata in senso più lato e comprensivo anche del rilascio coatto: la quale seconda intelligenza riceve primieramente una conferma nel trovarsi la parola « rilascio » accompagnata nell' articolo 121 dalla parola « abbandono » che più si avvicina al « *délaissement par hypothèque* » del Codice Napoleone, articolo 2172, e che può convenire e referirsi anco a terzo possessore che rimane inoperoso, e lasciandosi espropriare sembra abbandonare senza difesa l' acquistato dominio all' azione ipotecaria contro di lui intentata dai creditori iscritti: e trova in secondo luogo altra conferma nel successivo articolo 150 della stessa legge ipotecaria, il quale, contemplando la revi viscenza delle ipoteche, contiene una disposizione non circoscritta, e referibile al solo caso del rilascio, ma concepita per modo di regola generale, ed applicabile a tutti i casi nei quali ai termini di ragione, nei casi cioè di evizione, rivivono le ipoteche dei crediti, l' estinzione dei quali sia avvenuta per qualunque causa preesistente alla estinzione medesima, o sia all' acquisto del dominio che la operò mediante la confusione. Le parole del citato articolo sono assai chiare: « ivi » Se i titoli estinti tornano » a sussistere di ragione o per annullazione del pagamento del credito, » o per qualunque altra causa preesistente alla loro estinzione, in questo » caso rivivono pure e mantengono tutta la loro primitiva efficacia le » iscrizioni dei medesimi in quanto non siano state ancora radiate. »

» Considerando pertanto, che la denunziata sentenza non violò le leggi romane citate nel ricorso, come non violò l' articolo 131 nè gli altri articoli della legge de' 2 maggio 1836 ai quali fece ricorso per interpretarlo, essendo principio di legale ermeneutica, che per la retta interpretazione di una particolare disposizione di legge fa duopo prima di tutto prendere in considerazione le altre di lei disposizioni, le quali presentino termini di analogia e di corrispondenza con quella controversa, e che fa d' uopo inoltre ricorrere alle regole ed ai principii del comun diritto in quei casi che dalla legge stessa non siano litteralmente contemplati, quando però essa non vi resista, siccome non vi resisteva la citata legge del 2 maggio 1836, non contenendo essa intorno alla materia della evizione, e sue giuridiche conseguenze, disposizioni espresse nè particolari nè generali, ed avendo nel suo articolo finale limitata l' abolizione delle precedenti leggi e consuetudini alla materia dei privilegi e delle ipoteche ed alle altre materie nelle parti espressamente regolate dagli articoli che la compongono. » (*Annali di Giurisprudenza,* 1857, anno decimonono, Firenze, Tipografia Niccolai, pag. 302.)

glia il vero. La Corte di Cassazione, facendo uso della interpretazione estensiva, applica al caso della espropriazione fatta in odio del terzo possessore la reviviscenza dei diritti già a lui competenti accordata dall' articolo 131 nel caso del rilascio, perchè trova nell' un caso e nell' altro identità di ragione, in quanto che in amendue i casi il terzo possessore soffre l' evizione del fondo già ipotecato a garanzia de' suoi crediti. La identità di ragione tra i detti due casi immaginata dalla Corte di Cassazione non solo non sussiste; ma è certo anzi che il caso del rilascio e quello della espropriazione sono diametralmente opposti, e mancando perciò quella identità di ragione, che autorizza il giureconsulto e il magistrato a far uso della interpretazione estensiva, la disposizione del citato articolo 131 della Legge Toscana deve essere applicata al solo caso del rilascio esplicitamente contemplato dal legislatore. Infatti, il terzo possessore che non liberò l' acquistato fondo col giudizio di purgazione dalle ipoteche sul medesimo gravitanti, è per legge nella sua qualità di possessore risponsabile del pagamento dei debiti ipotecari (1), al quale può solo sottrarsi col rimedio salutare del rilascio, ossia abbandono del fondo (2). Questo rilascio produce i seguenti risultati: 1° che cessa nell' alienatario l' obbligo di pagare i debiti ipotecari derivante dal possesso del fondo (3); 2° che si risolve il dominio che lo stesso alienatario già acquistato aveva sul fondo, che viene da lui rilasciato (4); 3° che il giudizio di espropriazione non può più farsi a carico del medesimo alienatario, e che la vendita coattiva

(1) N. 1073, pag. 117. — « Comme il est *loco debitoris*, il pourra, comme lui, jouir des termes et délais, et profiter des conditions sous lesquelles la dette aurait été contractée. » (Persil, art. 2167, n. 2.)

(2) « Cette obligation cesse par l'abandon de l'immeuble. » (Persil, art. 2167, 2168, n. 4.). — « Tel est le fondement de ce principe admis par les Lois Romaines, par l'ancien Droit Français, et qui devait être adopté comme il l'a été par le Code Civil, que le tiers détenteur qui n'est pas personnellement obligé peut s'affranchir de toutes recherches, en délaissant l'immeuble à raison duquel seul il peut être poursuivi. » (Grenier, tome II, n. 324.)

(3) « En cessant d'être détenteur des immeubles en les délaissant, les tiers acquéreurs cessent d'être obligés envers les créanciers inscrits. » (Persil, art. 2167, 2168, n. 5.) — « Le délaissement rompt tous ses engagemens qui n'étaient relatifs qu'à la détention » (Grenier, tome II, n. 330.)

(4) N. 1081, pag. 148.

del fondo deve farsi in contraddittorio di un amministratore deputato allo stesso fondo dal Tribunale (1). Nel caso del rilascio perciò la reviviscenza dei diritti primitivi, che l'alienatario aveva sul fondo nel momento dell'acquisto, è una necessaria conseguenza della risoluzione del dominio. Imperocchè cessando colla risoluzione del dominio la causa di quella confusione che si operò nell'atto dell'acquisto, e in forza della quale rimasero estinti i diritti reali che l'alienatario avea prima sul fondo, giusto è che gli spenti diritti ritornino a nuova vita giusta il noto assioma — *cessante causa, cessat effectus* (2). — Al contrario quando il possessore non fa il rilascio, egli rimane risponsabile in detta qualità del pagamento dei debiti ipotecari; conserva il dominio del fondo gravato e lo conserva col peso del detto pagamento; e, mancando a questo, subir deve l'onta e il danno, come debitore moroso, del giudizio di espropriazione del fondo ipotecato (3). E si dirà che vi ha identità di ragione tra il rilascio e la espropria-

(1) « Si l'acquéreur qui n'a point rempli les formalités de la purge ne croit pas devoir payer le montant des charges hypothécaires devenues exigibles, et à raison desquelles il est poursuivi, il peut faire le délaissement de l'immeuble, pour éviter d'en subir l'expropriation, ou la vente sur lui. » (Duranton, n. 251.)

(2) N. 1124, pag. 223.

(3) « Le droit de faire le délaissement est purement facultatif dans la personne du tiers détenteur non personnellement obligé; il peut, ou souffrir que l'expropriation soit faite sur lui, ou délaisser l'immeuble hypothéqué. » (Tarrible, Rep., v. *Tiers détenteur*, n. 9.) — « Il est bien certain que les créanciers hypothécaires ne peuvent agir par la voie de l'expropriation contre le tiers détenteur qu'autant qu'il est déchu de la faculté de purger, et qu'il ne délaisse pas ou ne paie pas. » (Troplong, art. 2169, n. 793.) — « Le tiers détenteur qui ne remplit pas les formalités prescrites pour la purge des privilèges et hypothèques, est tenu, ou de payer tous les intérêts et capitaux exigibles, ou de délaisser l'immeuble hypothéqué, sans aucune réserve; ou pour mieux dire, il est passible de l'expropriation de l'immeuble, s'il ne prend aucun de ces deux partis: payer les dettes exigibles, ou délaisser l'immeuble. » (Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 233.) — « À défaut ou du paiement, ou du délaissement, le créancier a droit de faire vendre sur le tiers détenteur l'immeuble hypothéqué. » (Grenier, tome II, n. 340.) « De tout ce qui a été dit il se tire la conséquence, que le créancier ne peut poursuivre l'expropriation directement contre le débiteur principal, qui a vendu; qu'il doit s'adresser au tiers détenteur, et prendre contre lui les mesures prescrites par la loi. » (Grenier, tome II, n. 346.)

zione? Se nel caso del rilascio la reviviscenza dei diritti reali già spettanti all' alienatario è una conseguenza naturale della risoluzione del dominio operatasi col rilascio, ed è perciò giusta ed equa, una tale reviviscenza non può aver luogo nel caso della forzata espropriazione fatta a carico del terzo possessore che non fece il rilascio, appunto perchè quando l' alienatario non fa il rilascio del fondo, in lui si conservano dello stesso fondo il civile possesso e il dominio, e dura perciò sempre quella confusione che fu causa della estinzione dei diritti reali già competenti allo stesso alienatario, il quale non può invocare, come lo può il possessore che fa il rilascio, il noto adagio — *Cessante causa, cessat effectus.* — Perchè nel caso del rilascio la vendita del fondo non può farsi a carico dell' alienatario, ma deve farsi invece in contraddittorio di un deputato amministratore? Perchè il possessore cessa col rilascio di essere tenuto al pagamento dei debiti ipotecari, e non può quindi soggiacere alla pena del giudizio di espropriazione, che solo può eseguirsi in danno e in odio di un debitore moroso (1); e perchè altresì furono rotti e spezzati i vincoli che lo legavano come padrone alla gravata proprietà. All' incontro se il terzo possessore non fa il rilascio, la espropriazione si fa a carico di lui, sì perchè esso è risponsabile del pagamento dei debiti ipotecari, sì perchè esso solo è il proprietario del fondo vincolato a garanzia dei creditori ipotecari. È verissimo che in fatto il terzo possessore soffre l' evizione del fondo sì nell' un caso come nell' altro. Ma da ciò non deriva la conseguenza che ne ha tratta la Corte di Cassazione, che cioè i due casi siano identici, e che perciò la reviviscenza dei diritti reali già competenti all' alienatario debba aver luogo sì nell' uno come nell' altro. La sola conseguenza che legittimamente ne scaturisce si è che il possessore, il quale soffre l' evizione sì nel caso del rilascio come in quello della espropriazione, deve avere in amendue i casi l' azione di regresso contro l' alienante. E tale azione appunto gli riserva la Legge Toscana coll' articolo 132. Ma se è giusto che il terzo possessore abbia in amendue i detti casi l' azione di evizione contro l' alienante, nessuna ragione può egli mettere in campo per pretendere nel caso della espropriazione forzata il benefizio della reviviscenza degli spenti diritti, che la equità della legge gli ac-

(1) N. 1115, pag. 202.

corda nel caso del rilascio. Imperocchè il modo, onde il terzo possessore perde il dominio in conseguenza dell' azione reale intentatagli dal creditore ipotecario, è diverso nell'un caso e nell'altro, e soggiacendo alla espropriazione forzata in pena di non avere nè pagato il debito, nè fatto uso dei salutari rimedi offertigli dalla legge, non può avere diritto a quei benefizi e favori che sono il risultato naturale del volontario rilascio. In quest' ultimo caso infatti il dominio dell' alienatario si risolve prima della aggiudicazione del fondo, ed ha luogo perciò una restituzione in intero, della quale è legittima e naturale conseguenza la reviviscenza dei diritti reali, ai quali fu causa di morte l'acquisto della proprietà. Laddove nel caso della forzata espropriazione non si risolve il dominio dell' alienatario, nè ha luogo alcuna restituzione in intero, ma il possessore viene spogliato della sua proprietà colla aggiudicazione nel modo stesso che ne resta spogliato il debitore principale che viene espropriato dai suoi legittimi creditori (1). E perciò il sapientissimo Legislatore quando accorda al terzo possessore la reviviscenza dei diritti spenti dichiara semplicemente nell'articolo 131 che tali diritti gli rivivono *col rilascio del fondo;* ed all' opposto quando riserva al terzo possessore l' azione di regresso contro il debitore principale espressamente dispone nel successivo articolo 132 che restano al terzo possessore preservati i suoi diritti come di ragione contro il debitore principale *in tutti i casi detti di sopra.* Colle quali parole *in tutti i casi detti di sopra* il Legislatore concede appunto senza alcuna limitazione al terzo possessore l' azione di regresso contro il debitore principale, qualunque sieno state le conseguenze a cui lo espose l' azione intentata dai creditori ipotecari, o abbia egli pagato il debito, o fatto il rilascio del fondo, o subita dello stesso fondo la espropriazione. Il confronto dei quali articoli ora citati 131 e 132 porge una prova non dubbia ed incontrastabile dell' abuso che si è fatto dalle Corti di Lucca e di Cassazione della interpretazione estensiva coll' applicare ad onta delle parole e della mente del legislatore la disposizione del citato articolo 131 ad un caso totalmente diverso da quello che nello stesso articolo fu contemplato. Queste semplicissime osservazioni mentre dall' una parte abbattono tutto l' edifizio, su cui poggia la citata sentenza di Cassazione, servono altresì dall' altra a giustificare la sapiente riforma o, per dir me-

(1) N. 1124, pag. 226.

glio, correzione fatta dal Legislatore di Toscana alla troppo larga disposizione dell'articolo 2177 del Codice Napoleone. E a questa correzione io batto le mani. Imperocchè la reviviscenza dei diritti spenti coll'acquisto del dominio, la quale è un benefizio diverso dall'azione di regresso da esercitarsi contro l'alienante dal possessore che in qualsiasi modo patì l'evizione del fondo, una tale reviviscenza, dico, non può e non deve accordarsi dal legislatore se non si verifica la risoluzione del dominio, ossia la cessazione di quella confusione, che fu la causa della morte dei diritti reali dell'alienatario. Ed è sì vero che questa causa non cessa nel caso della espropriazione fatta in odio del terzo possessore, che la espropriazione si fa appunto contro il terzo possessore che non fece il rilascio come proprietario del fondo obbligato a garanzia dei creditori che intentarono l'azione ipotecaria. Ed è ben da stupire che la Corte di Cassazione, per difendere l'ingiustificabile interpretazione dell'articolo 131 fatta dalla Corte di Lucca, abbia persino asserito nella sua sentenza che, non essendo il detto articolo *concepito in termini tassativi e restrittivi*, con tutta ragione è dato inferirne, che la parola *rilascio* sia stata adoperata non a denotare tassativamente il rilascio, che dicono *volontario*, ma invece in senso più lato e comprensivo anche del rilascio *coatto*. Il vocabolo *rilascio* ha un significato ben determinato e preciso tanto nella legislazione del Codice Napoleone, quanto in quella del Motuproprio Toscano, e significa sempre e soltanto quel volontario abbandono che fa dell'immobile il terzo possessore per sottrarsi alle conseguenze dell'azione reale promossa da un creditore ipotecario (1). Tanto è lungi che la parola *rilascio* possa altresì comprendere la vendita coattiva, che questa anzi si fa a carico e in odio del terzo possessore che non fece il rilascio. E di ciò fa luminosa prova la disposizione dell'articolo 121 della stessa Legge Ipotecaria Toscana, nel quale è detto che l'alienatario, e il terzo possessore che non vuol soggiacere alle conseguenze delle azioni che possono essere promosse dai creditori ipotecari, o soddisfare immediatamente gli stessi creditori che hanno obbligati i beni, *ha due mezzi, quello del rilascio, e abbandono dell'immobile acquistato, e l'altro della pur-*

(1) « Le délaissement est une pure faculté accordée par la loi aux détenteurs hypothécaires, faculté dont ils peuvent par conséquent user ou ne pas user. » (Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 225, tome XI.)

gazione delle ipoteche; e che, *non adottando alcuno dei detti mezzi, il creditore inscritto può provocare la vendita dello stabile.* E la parola *abbandono* aggiunta all' altra *rilascio* nell' ora citato articolo 121 non solo non conferma, come pretende la Corte di Cassazione, il largo significato che si vorrebbe attribuire alla stessa parola *rilascio*, ma anzi lo esclude. Imperocchè il possessore, che richiesto del pagamento dei crediti ipotecari non mette a disposizione dei creditori l' immobile gravato, non abbandona, ma mostra anzi tutta la volontà di conservare il possesso e il dominio del suo fondo, costringendo i creditori a ricorrere alla forza legale, dalla quale è mal suo grado e violentemente spogliato dell'acquistata proprietà. E molto meno ancora il significato attribuito dalla Corte di Cassazione al vocabolo *rilascio* trova nella disposizione dell'articolo 150 l' immaginata conferma. Sono chiarissime le parole di quest' articolo: « Se i titoli inscritti ed estinti tornano a sussistere di ragione o per l' annullazione del pagamento del credito, o per qualunque altra causa preesistente alla loro estinzione, in questo caso rivivono pure e mantengono tutta la loro primitiva efficacia le inscrizioni dei medesimi, quando non siano state ancora radiate. » È strano che la Corte di Cassazione, la quale dichiara che il citato articolo *contemplando la reviviscenza delle ipoteche contiene una disposizione non circoscritta e riferibile al solo caso del rilascio, ma concepita per modo di regola generale,* la restringa poi ai casi, nei quali può aver luogo legalmente la reviviscenza delle ipoteche in favore di un terzo possessore che soffre l' evizione del fondo acquistato. La disposizione del detto articolo che è sotto il § — *Della radiazione delle inscrizioni* — accenna in genere a qualunque caso in cui i titoli inscritti ed estinti tornano a sussistere *di ragione*, sia che i beni ipotecati si trovino in mano dello stesso debitore, sia che posseduti sieno da un terzo acquirente. Non è vero che colle espressioni *di ragione* si riferisce il legislatore ai casi di evizione, e che colle altre — *o per qualunque altra causa preesistente alla loro estinzione* — accenna *all' acquisto del dominio che la operò mediante la confusione,* come suppone la citata sentenza. Lo stesso esempio recato nel citato articolo 150, quello cioè dell' annullazione del pagamento del credito, mostra chiaramente che il legislatore ha in vista qualunque possibile caso di reviviscenza dei titoli inscritti

ed estinti senza alcun riguardo al possessore dei beni ipotecati, o sia lo stesso debitore oppure un terzo alienatario. Ammetto di buon grado che il citato articolo 150 contemplando la reviviscenza delle ipoteche *contiene una disposizione non circoscritta, e riferibile al solo caso del rilascio*, e in ciò sono d'accordo colla sentenza della Corte di Cassazione. Ma perchè la detta disposizione non è circoscritta al solo caso del rilascio? Perchè una tale disposizione, che per confessione della Corte di Cassazione è *concepita per modo di regola generale*, è applicabile non solo a quella reviviscenza che la legge nel caso da essa determinato accorda in favore del terzo possessore che soffre l'evizione del fondo alienatogli dal suo debitore, ma a tutti i casi, indipendenti da quello della evizione sofferta da un terzo possessore, in cui i titoli inscritti ed estinti tornano a sussistere *di ragione* per qualunque causa preesistente alla loro estinzione. A torto adunque la Corte di Cassazione argomenta dalla disposizione del detto articolo 150 per confermare il significato da essa attribuito al vocabolo *rilascio*, il quale non può mai riferirsi al violento spoglio della espropriazione forzata. E neppure poteva la Corte di Cassazione invocare le regole ed i principj del Comune Diritto, quasi che si trattasse di un caso dalla Legge Toscana non contemplato. Imperocchè, prima di tutto non è ben certo, se per Diritto Comune la reviviscenza dei primitivi diritti debba in qualunque caso accordarsi al creditore che soffre l'evizione del fondo alienatogli dal suo debitore. Pare anzi che ad una tale reviviscenza si opponga la L. 24, D. *De pignoratitia actione*, nella quale alla proposta dimanda, se il creditore, a cui venne concesso il possesso del pegno, possa intentare contro il debitore l'azione pignoratizia *contraria* dopo di avere sofferta l'evizione della cosa, si risponde essere cessato colla fatta assegnazione il contratto di pegno, e dovere perciò il creditore coll'azione utile *ex emto* ripetere l'emenda della patita evizione (1). E con questa Legge pienamente si accorda la L. 4, C.

(1) « Eleganter apud me quæsitum est, si impetrasset creditor a Cæsare, *ut pignus possideret*, idque evictum esset, an habeat contrariam pignoratitiam. Et videtur finita esse pignoris obligatio, et a contractu recessum. Imo utilis ex emto accommodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat, vel in quantum ejus intersit. » (L. 24, D. *De pign. actione*.)

De evictionibus, nella quale viene accordata la sola azione utile *ex emto* al creditore, a cui fu dato *in solutum* un fondo ipotecato a garanzia di altri creditori, che contro di lui qual terzo possessore intentarono l'azione ipotecaria (1). E qui giova l'avvertire che lo stesso Voet, il quale si sforza di conciliare colle due citate Leggi la massima della reviviscenza delle ipoteche del possessore che soffre l'evizione del fondo vendutogli dal debitore o datogli *in solutum*, non accorda già al terzo possessore e l'azione di evizione e il benefizio della reviviscenza delle spente ipoteche, ma si limita a dire che l'alienatario può a sua scelta far uso o dell'azione di evizione o delle ipoteche a nuova vita rinate (2). Tanto è vero che anche gl'Interpreti del Diritto Romano, i quali ammettono la reviviscenza, nel caso di evizione, delle ipoteche dell'alienatario, credono inconciliabile il simultaneo esercizio dell'azione di evizione, la quale suppone già perfetto e consumato il contratto di alienazione che spense le ipoteche dell'alienatario, coll'attualità e coll'uso delle stesse ipoteche già a lui competenti, le quali non possono concepirsi in vita se non si suppone già risoluto il dominio del creditore acquirente! Nè per Diritto Romano può farsi differenza fra il caso della dazione *in solutum* e quello della vendita del fondo ipotecato fatta dal debitore al creditore. Imperocchè la dazione *in solutum* è considerata una vera vendita e regolata cogli stessi principj — *hujusmodi contractus vicem venditionis obtinet* (3). — Ma del resto qualunque sieno su questo punto le massime del Comune Diritto, invano venivano esse invocate dalla Corte di Cassazione. E infatti, ammesso anche doversi ricorrere alle regole ed ai principj del Comune Diritto in quei casi che dalla Legge Toscana non siano letteralmente contemplati, *quando però essa non vi resista*, come avverte la Corte di Cassazione nell'ultimo Considerando della sua sentenza, è certissimo che il Sovrano Motuproprio del 2 maggio 1836

(1) « Si prædium tibi pro soluto datum est, quod aliis creditoribus fuerat obligatum; causa pignoris mutata non est. Igitur si hoc jure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit. Nam hujusmodi contractus vicem venditionis obtinet. » (L. 4, C. *De evictionibus*.)

(2) « Non pugnant ista, obligationem priorem instaurari, et actionem de evictione dari; ut in creditoris arbitrio sit, utrum magis ad pristinam obligationem, tamquam non extinctam, redire velit, an de evictione agere. » (Voet, lib. 46, tit. 3, n. 13.)

(3) Vol. II, n. 304, pag. 16.

esplicitamente vi resisteva, sì perchè il detto Motuproprio è una legge *unica e completa sulla materia delle ipoteche e delle preferenze tra i creditori*, come dichiara lo stesso Legislatore nel suo Preambolo; sì perchè in forza dell'articolo 221 dello stesso Motuproprio restarono abolite tutte le Leggi, Regolamenti e Consuetudini veglianti nella materia dei privilegi e delle ipoteche. Nè vale il dire che col citato articolo 221 fu limitata l'abolizione delle precedenti leggi e consuetudini alla materia dei privilegi e delle ipoteche ed alle altre materie nelle parti espressamente regolate dagli articoli dello stesso Motuproprio, e che non contenendo questa Legge disposizioni espresse nè particolari nè generali intorno alla materia della evizione e sue giuridiche conseguenze, vuolsi ricorrere nel caso, onde si discorre, alle regole ed ai principj del Comune Diritto. Imperocchè l'azione di evizione che compete al terzo possessore contro l'alienante non deve confondersi col benefizio della reviviscenza dei diritti reali che rimasero spenti nel momento dell'acquisto della gravata proprietà. L'azione di evizione non è regolata dalle disposizioni del lodato Motuproprio che costituiscono il Sistema Ipotecario Toscano, e perciò l'articolo 132 dello stesso Motuproprio si limita a dichiarare che in tutti i casi in cui il terzo possessore soffre l'evizione del fondo, restano a lui preservati i suoi diritti *come di ragione* contro il debitore principale. Al contrario il benefizio della reviviscenza delle ipoteche già estinte in forza della confusione, richiamando a nuova vita i diritti di preferenza che il terzo possessore può esercitare nel giudizio d'ordine in concorso e in pregiudizio degli altri creditori ipotecari dell'alienante, non può non essere subordinato alle disposizioni del Motuproprio sopra i privilegi e le ipoteche che è una Legge *unica e completa sulla materia delle ipoteche e delle preferenze tra i creditori*. Con queste brevi deduzioni ho la convinzione di avere risposto ai motivi a cui si appoggia la citata sentenza della Corte Toscana di Cassazione, e gli eminenti Giureconsulti che la dettarono perdoneranno al mio ardire, se, seguace costante della massima — *L'autorité ne se conquiert que per la raison,* (1) — non ho potuto piegare il capo all'autorità della confutata decisione.

1135. Il Codice di Sardegna ripete negli articoli 2283, 2284, 2285 e 2286 le disposizioni degli articoli 2166, 2167, 2168 e 2169

(1) Troplong, art. 2124, n. 505 bis.

del Codice Napoleone; ma attenendosi alla modificazione fatta dall' articolo 834 del Codice Napoleone di Procedura alla massima stabilita nell'articolo 2166 del Codice Civile, dispone nell'articolo 2305 che « il nuovo possessore non rimane soggetto che a' pesi per cui non è necessaria alcuna inscrizione, ed agli altri stabiliti prima dell'alienazione, ed inscritti al più tardi fra giorni trenta dalla data della trascrizione, o fra i tre mesi di cui negli articoli 2205, 2206, 2210, 2211 e 2215 per li privilegi ed ipoteche in essi contemplati. » Dichiara poi nell'articolo 2287 che « il terzo possessore che ha fatto trascrivere il suo contratto d'acquisto, e che non è stato chiamato ad assistere al giudicio che ha preceduto la condanna del debitore, se questa è posteriore alla trascrizione, è ammesso ad opporre al creditore le eccezioni che potevano competere al debitore al tempo della fatta alienazione, non state dal debitore opposte, e che non siano meramente personali al medesimo; » che « potrà in tutti i casi opporre quelle eccezioni che spetterebbero ancora al debitore dopo la condanna; » e che « le eccezioni suddette non sospenderanno però il corso de' termini stabiliti per la purgazione dell'immobile. » Quanto all'eccezione dell'escussione ripete negli articoli 2288 e 2289 le disposizioni degli articoli 2170 e 2171 del Codice Napoleone. Ripete pure negli articoli 2290, 2291, 2292 le disposizioni degli articoli 2172, 2173 e 2174 del Codice Napoleone riguardanti il rilascio del fondo che può eseguirsi dal terzo possessore per soddisfare all'ipoteca. Anche il Codice di Sardegna, ad imitazione dell'articolo 2175 del Codice Napoleone, dispone nell' articolo 2293, che « le deteriorazioni cagionate dal fatto o dalla negligenza del terzo possessore in pregiudizio dei creditori ipotecari o privilegiati, dànno luogo ad agire contro di esso per l'indennità; » e che « potrà egli ripetere il rimborso delle spese fatte per li miglioramenti o le riparazioni, a termini degli articoli 2159 e 2209. » E coll'articolo 2159, al quale si riporta nell'articolo 2293, toglie la questione lasciata dal citato articolo 2175 del Codice Napoleone, se il terzo possessore pel rimborso delle spese e dei fatti miglioramenti abbia il diritto di ritenzione oppure il privilegio sull'immobile. Dichiara infatti col detto articolo 2159 che « il terzo possessore avrà privilegio sopra lo stabile di cui è stato spropriato, per le riparazioni ed i miglioramenti fatti al medesimo,

sino a concorrente della minor somma che risulterà tra lo speso ed il migliorato al tempo del rilascio, ovvero del deliberamento contro di lui seguito; » e che « questo privilegio avrà, rispetto agli altri privilegi, lo stesso grado di quello di cui nel num. 1° del precedente articolo, » cioè del privilegio degli intraprenditori, architetti ed altri che impiegarono le loro opere o provviste a costruire, od a riparare o migliorare un immobile. Coll'altro articolo poi 2209, al quale pure si riporta nel citato articolo 2293, assoggetta il detto privilegio all'obbligo della pubblicità dichiarando che « il terzo possessore, di cui nell'articolo 2159, per conservare il suo privilegio per le riparazioni ed i miglioramenti, dovrà farlo inscrivere nel termine di un mese dal rilascio, e prima del deliberamento contro di lui seguito. » Quanto all'obbligo che ha il terzo possessore pei frutti dell'immobile verso i creditori ipotecari, il Codice di Sardegna ripete nell'articolo 2294 la disposizione dell'articolo 2176 del Codice Napoleone. Ripete altresì nell'articolo 2295 la massima stabilita nell'articolo 2177 dal Codice Napoleone disponendo che « le servitù e i diritti reali, che spettavano al terzo possessore sopra l'immobile prima che ne prendesse il possesso, rivivono dopo il rilascio da lui fatto od il deliberamento contro di lui seguito; » e che « i di lui creditori personali, dopo tutti quelli che sono iscritti sopra i precedenti proprietari, esercitano la loro ipoteca secondo il loro grado sopra il fondo rilasciato o spropriato. » Modificando però la massima generale contenuta nella seconda parte dell'articolo 2177 del Codice Napoleone e confermata altresì nella seconda parte del già citato articolo 2295, dichiara nell'ultima parte dello stesso articolo 2295 che « nulladimeno i creditori de' precedenti proprietari che non avessero inscritto la loro ipoteca se non dopo l'alienazione, sono posposti a' creditori dell'acquisitore, che avessero presa iscrizione prima di essi; senza pregiudizio però dell'effetto dalla legge attribuito ad alcune inscrizioni prese ne' termini da essa fissati, di risalire ad una data anteriore. » Dichiara altresì nell'articolo 2296 che « lo stesso acquisitore ove abbia pagato in tutto od in parte il prezzo, ed abbia pel caso di evizione convenuto ed iscritto contro l'alienante l'ipoteca eventuale sul fondo stesso acquistato, potrà esperirne, dal giorno in cui avrà fatto il rilascio del fondo, o ne sarà stato spropriato, e prenderà grado alla data dell'iscrizione come ogni altro creditore ipotecario del precedente pro-

prietario; ma solo pel rimborso del prezzo effettivamente pagato prima della presa iscrizione. » Finalmente dispone nell'articolo 2297 che « il terzo possessore, che ha pagato il debito, rilasciato l'immobile, ovvero subìta la spropriazione, ha ragione d'indennità verso il suo autore; » e che « ha pure azione in via di subingresso contro i terzi possessori di altri fondi sottoposti ad ipoteca per lo stesso credito, ma contro quelli solamente che sono a lui posteriori di data nell'acquisto. »

1136. I Compilatori del Codice di Modena, mettendo in armonia la massima stabilita dall'articolo 2166 del Codice Napoleone coi principj da essi proclamati cogli articoli 2103, 2110, e 2111 (1), disposero nell'articolo 2234 ciò che segue: « *I creditori aventi privilegio od ipoteca inscritta sopra uno stabile prima della trascrizione ritengono sopra di esso le loro ragioni, ancorchè lo stabile passi in altro possessore.* » La quale disposizione s'accorda pienamente coll'altra dell'articolo 2112 il quale prescrive che « *a contare dal giorno della trascrizione non può essere chiesta nè fatta utilmente alcuna inscrizione per qualsiasi titolo derivante dai precedenti proprietari.* » L'unica differenza tra la disposizione dell'articolo 2166 del Codice Napoleone e il citato articolo 2234 del Codice di Modena sta in questo, che il primo vuole l'inscrizione anteriore al contratto di alienazione senza alcun riguardo alla trascrizione dello stesso contratto, non essendo questa formalità necessaria secondo i principj del Codice Napoleone alla efficacia dei contratti di alienazione ed alla trasmissione della proprietà dei beni immobili; laddove il secondo si contenta che la inscrizione sia anteriore alla trascrizione del contratto di alienazione, per la ragione che giusta i citati articoli 2103, 2110 e 2111 dello stesso Codice dal giorno soltanto della trascrizione eseguita sui registri del Conservatore delle Ipoteche gli atti, che trasferiscono la proprietà dei beni immobili, sortono il loro effetto in faccia ai terzi. E la citata disposizione dell'articolo 2234 del Codice di Modena non solo modifica la massima stabilita dall'articolo 2166 del Codice Napoleone, ma quella altresì dell'articolo 834 del Codice di Procedura. Imperocchè, mentre secondo quest'articolo i creditori che hanno una ipoteca o un privilegio anteriore all'atto di alienazione possono validamente anche dopo di questa accendere la loro inscrizione entro 15

(1) V. Vol. II, n. 384, pag. 132.

giorni dalla trascrizione del contratto fatta all'Uffizio delle Ipoteche, al contrario giusta il citato articolo 2234 del Codice di Modena i soli creditori conservano sull'immobile alienato le loro ragioni ipotecarie, i quali hanno un privilegio o una ipoteca inscritta prima della trascrizione. Il lodato Codice ripete poi nell'articolo 2235 la disposizione dell'articolo 2167 del Codice Napoleone nei seguenti termini: « *Se il terzo possessore non adempie alle formalità che sono state stabilite nella precedente Sezione III per rendere libera la sua proprietà, è tenuto come possessore a tutti i debiti jpotecarj e privilegiati, e gode dei termini e delle dilazioni accordate al debitore originario.* » Ripete altresì nell'articolo 2236 la disposizione dell'articolo 2168 del Codice Napoleone, ma scioglie sapientemente la questione lasciata da questo articolo, se il terzo possessore debba tutti gl'interessi indistintamente dovuti al creditore, oppur quelli soltanto a cui l'inscrizione attribuisce il grado fra i creditori ipotecari. Questa importantissima questione rimane tolta dalle parole — *e loro accessorj assicurati mediante inscrizione* — aggiunte nel detto articolo 2236 concepito nei termini seguenti: « *Il terzo possessore è tenuto, nel caso stesso, o a pagare al creditore tutti i capitali esigibili e loro accessorj assicurati mediante inscrizione, qualunque sia la somma cui possano ascendere, o a dimettere senz'alcuna riserva l'immobile soggetto a privilegio od ipoteca.* » Dichiara l'articolo 2169 del Codice Napoleone che tralasciando il terzo possessore di soddisfare pienamente ad una delle due obbligazioni indicate nell'antecedente articolo 2168, qualunque creditore ipocario ha diritto di far vendere a carico di quello l'immobile ipotecato passati i termini in detto articolo indicati. Il Codice di Modena, considerando lo stesso caso, dispone nell'articolo 2237 ciò che segue: « *Tralasciando il terzo possessore di soddisfare pienamente ad una di queste obbligazioni, qualunque creditore, avente privilegio od ipoteca inscritta anteriormente alla trascrizione, è in diritto di procedere contro di lui a norma del disposto dal Codice di Procedura Civile nel Titolo — Dell'azione ipotecaria.* — » Il quale articolo contempla i creditori aventi *privilegio od ipoteca inscritta anteriormente alla trascrizione* appunto perchè i soli creditori che hanno privilegio od ipoteca inscritta sopra uno stabile prima della trascrizione ritengono,

come dispone il già citato articolo 2234, sopra di esso le loro ragioni, quando lo stabile ipotecato passi in un altro possessore (1). Il Codice di Modena ripete nella prima parte dell' arti-

(1) Le disposizioni contenute nel Codice di Procedura Civile per gli Stati Estensi sotto il Titolo — *Dell' azione ipotecaria*, — a cui si riporta il citato articolo 2237 del Codice Civile, sono le seguenti: « Art. 363. *I creditori, che vogliono usare l' azione ipotecaria loro competente a termini degli articoli 2234, 2237 del Codice Civile, devono presentare il libello dinanzi al Tribunale nel cui circondario è posto lo stabile ipotecato.* » — « Art. 364. *Il libello dev' essere corredato della nota dell' inscrizione, e dei documenti che provano il credito, spiegare la natura ed il montare del medesimo, la qualità, la situazione e la confinazione dello stabile, il nome, cognome e luogo di domicilio del terzo possessore, e concludere con dimanda di intimazione a quest' ultimo e con istanza, che il fondo sia appreso e venduto dalla Giustizia, a meno che l' intimato non preferisca di soddisfare l' attore a termini dell' articolo 2236 del Codice Civile.* » — « Art. 365. *Quindi il Tribunale ordina che il libello, cogli uniti documenti, sia intimato al terzo possessore con assegnazione di giorni quindici a rispondere.* » — « Art. 366. *Se non risponde, gli viene assegnato, sopra istanza dell' attore, altro perentorio termine di giorni dieci, e se anche questo scorre infruttuosamente, il cancelliere, ad inchiesta dell' attore, presenta gli atti al Tribunale, il quale, non trovando nei prodotti documenti veruna risultanza in contrario, dichiara devoluto in mano della Giustizia lo stabile ipotecato.* » — « Art. 367. *Destina in pari tempo un amministratore dello stabile medesimo, ed ordina l' intimazione del relativo decreto al debitore ed ai conduttori o coloni.* » — « Art. 368. *La stima e successiva vendita, o l' aggiudicazione dell' immobile, quando n' è il caso, si fanno in concorso dell' amministratore, e congruamente alle prescrizioni dei capi I, II, IV, Tit. II, del Libro secondo. — Se il terzo possessore fa la dimissione dell' immobile, hanno luogo le disposizioni dell' articolo 2240 del Codice Civile, e congruamente per i suddetti effetti gli stessi capi I, II, IV, suaccennati.* » — « Art. 369. *Entro i suindicati termini di giorni quindici, e di giorni dieci, il terzo possessore può contestare sull' esigibilità e liquidità del credito dell' attore, e sulla validità dell' ipoteca, ed opporre contemporaneamente ed in via subalterna, il diritto della purgazione del fondo dalle ipoteche, o il benefizio dell' escussione.* » — « Art. 370. *Il benefizio dell' escussione non può opporsi contro il creditore privilegiato o munito di speciale ipoteca, ed in tutti gli altri casi non si accorda, se il terzo possessore non indichi altri fondi ipotecati in favore dell' attore, capaci di renderlo pienamente soddisfatto, esistenti in dominio del debitore, posti nel circondario della Provincia, e non si offra ad anticipare le spese occorrenti per gli atti dell' escussione nella somma che sarà determinata dal Tribunale.* » — « Art. 371. *Se il terzo possessore risponde, deve documentare le eccezioni; e la causa*

colo 2238 la disposizione dell'articolo 2172 del Codice Napoleone nei seguenti termini: « *L'abbandono del fondo può eseguirsi da*

è trattata alla forma delle sommarie. » — « Art. 372. *Non accogliendosi nella sentenza le eccezioni opposte contro l'esigibilità e liquidità del credito, o contro la validità dell'ipoteca, il Tribunale dichiara devoluto il fondo alla Giustizia nel modo stabilito nell'articolo* 366. » — « Art. 373. *Se però in via subalterna fu opposto anche il diritto di purgazione, il Tribunale, ove riconosca ammissibile la dimanda, assegna al terzo possessore il termine di trenta giorni ad averne intrapreso il giudizio. Questo termine non è prorogabile. — E se invece in via subalterna fu opposto il beneficio dell'escussione, il Tribunale, ove l'accordi, determina inappellabilmente la somma per essa necessaria, ed assegna al terzo possessore il termine perentorio di quindici giorni a farne il deposito presso la cancelleria da impiegarsi nelle spese del relativo giudizio.* » — « Art. 374. *Non avendo il terzo possessore cosa alcuna da dedurre contro l'esigibilità e liquidità del credito dell'attore, nè contro la validità dell'ipoteca, può, nei termini che gli vengono assegnati giusta gli articoli* 365, 366, *opporre in via principale il diritto della purgazione dello stabile dalle ipoteche, o il benefizio dell'escussione. — Il Giudice fissa nell'atto dell'opposizione il giorno e l'ora per la comparsa delle parti, e l'insorta contestazione viene trattata colle norme delle cause minori.* » — « Art. 375. *Rigettando il Tribunale l'opposizione, dichiara nello stesso tempo devoluto lo stabile alla Giustizia, come è disposto nell'articolo* 366; *diversamente, secondo la qualità dell'opposizione, decreta come all'altro articolo* 373. » — « Art. 376. *Qualora il creditore giustifichi l'inutilità della tentata escussione per l'integrale suo pagamento, il Tribunale decreta, senza più, devoluto lo stabile alla Giustizia; il che ha pur luogo sopra semplice istanza del creditore, nel caso che il terzo possessore nei suddetti rispettivi termini non faccia il deposito della somma stabilita per le spese dell'escussione, o non intraprenda il giudizio di purgazione.* » — « Art. 377. *Se il terzo possessore trovi del suo interesse di chiamare in causa il debitore principale, o altro suo garante, deve farlo uniformandosi al prescritto nel libro I, parte II, tit. XX, capo II,* § 3. — *Sebbene il denunziato assuma le difese del terzo possessore, questi però non è posto fuori di causa, e deve, se il garante deduce soltanto contro l'esigibilità e liquidità del credito, o contro la validità dell'ipoteca, opporre in via subalterna il diritto della purgazione, o il benefizio dell'escussione, ove creda o l'uno o l'altro competergli; altrimenti si intende che vi abbia rinunziato.* » — « Art. 378. *Quando il creditore agisce contro il terzo possessore in forza di titolo esecutorio verso il chiamato a difesa, non può questi affacciargli se non che le eccezioni proponibili contro il titolo stesso.* » — « Art. 379. *Dal giorno dell'intimazione del libello al terzo possessore, non può questi disporre in alcun modo del fondo ipotecato, e deve pure rispondere dei relativi frutti, finchè il fondo non sia passato in mano*

qualunque terzo possessore, il quale non sia obbligato personalmente, e che abbia la capacità di alienare. » E nella seconda parte dello stesso articolo togliendo saggiamente la questione che si fa dagli Interpreti del Codice Napoleone, se possa dalle persone incapaci farsi il rilascio coll'osservanza delle solennità necessarie alla validità dei loro contratti, dispone ciò che segue: « *Se la persona non ne ha la capacità, l'abbandono debb' essere fatto coll' osservanza delle solennità che la riguardano.* » Ripete inoltre senza alcuna modificazione le disposizioni degli articoli 2173 e 2174 del Codice Napoleone cogli articoli 2239 e 2240 concepiti nei termini seguenti: Art. 2239. « *Può eseguirsi ancora, dopo che il terzo possessore abbia riconosciuta l' obbligazione, o sia stato condannato in questa sola qualità: l' abbandono però del fondo, finchè non è seguita l' aggiudicazione, non impedisce che il terzo possessore possa riprenderlo, pagando l' intero debito e le spese.* » Art. 2240. « *L' abbandono del fondo per soddisfare al debito si eseguisce nella cancelleria del Tribunale del luogo, ove sono posti i beni. Il cancelliere ne rilascia il certificato: ad istanza di uno dei creditori si deputa un amministratore del fondo abbandonato, ed in contraddittorio del suddetto si procede alla vendita, secondo le forme stabilite dalla legge.* » Quanto alla risponsabilità del terzo possessore pei danni recati al fondo, e così pure riguardo ai diritti che a lui competono pei fatti miglioramenti, il Codice di Modena ripete nell' articolo 2241 la disposizione dell' articolo 2241 del Codice di Parma: « *Le deteriorazioni cagionate dal fatto o dalla negligenza del terzo possessore, dopo che fu intentata contro di lui l' azione dal creditore, dànno luogo ad agire contro di lui per*

della Giustizia, od il creditore non sia stato soddisfatto. » — « Art. 380. *Se per lo spazio di sei mesi il creditore omette di presentare l' istanza per l' assegnazione del secondo termine, o per la consegna degli atti al Tribunale, di che nell' articolo* 366, *si ritiene che abbia rinunziato al giudizio instituito. Il terzo possessore è riposto, ove occorra, in possesso del fondo colla restituzione dei frutti percetti, ed il creditore è tenuto a reintegrarlo delle spese e dei danni a lui cagionati.* » — « Art. 381. *La stessa prescrizione ha luogo, qualora entro il suddetto termine di sei mesi il creditore non dimandi la devoluzione dello stabile alla Giustizia nei casi contemplati dall' articolo* 376, *o devoluto il fondo, non intraprenda gli atti occorrenti per la vendita del medesimo.* »

l'indennità; egli però non può dimandare il rimborso delle spese ed i miglioramenti da lui fatti, se non che a termini dell'articolo 2227. » Il quale articolo 2227, confermando la massima stabilita dall'articolo 2228 del Codice di Parma, dispone ciò che segue: « *L'aggiudicatario è pur tenuto, a termini di ragione, di pagare le spese ed i miglioramenti, che il compratore, donatario, o legatario avesse fatti sul fondo, sino però al montare del maggior valore che ne è provenuto.* » Il Codice di Modena però, ad imitazione dell'articolo 2159 del Codice di Sardegna, accorda nell'articolo 2139, n. 5° al terzo possessore, che ha patita evizione, il privilegio sopra lo stabile dimesso per le riparazioni ed i miglioramenti fatti al medesimo sino al concorso della minor somma che risulterà tra lo speso ed il migliorato al tempo del rilascio (1). E come il Codice di Sardegna nell'articolo 2209 obbliga il terzo possessore ad inscrivere il detto privilegio nel termine di un mese dal rilascio, e prima del deliberamento contro di lui seguito; così anche secondo l'articolo 2144 del Codice di Modena il terzo possessore conserva il suo privilegio concessogli dal detto articolo 2139, n. 5° inscrivendolo entro il termine di 40 giorni sull'appoggio della sentenza che lo condanna al rilascio dello stabile (2). Ripete poi il Codice di Modena negli articoli 2242, 2243 e 2244 le disposizioni degli articoli 2176 e 2177 del Codice Napoleone nei termini seguenti: Art. 2242. « *I frutti dell'immobile ipotecato non sono dovuti dal terzo possessore se non che dal giorno, in cui gli fu intimato di pagare o di abbandonare il fondo, e se la proposta instanza è stata interrotta per lo spazio di tre anni, sono dovuti soltanto dal giorno della nuova intimazione.* » Art. 2243. » *Le servitù ed i diritti reali, che appartenevano al terzo possessore sopra l'immobile prima che ne prendesse possesso, rivivono dopo l'abbandono del fondo, o dopo l'aggiudicazione contro di lui eseguita.* » Art. 2244. « *I di lui creditori particolari, dopo tutti quelli che sono inscritti contro i precedenti proprietarj, esercitano il loro privilegio od ipoteca, secondo il loro grado, sopra il fondo rilasciato od aggiudicato.* » Finalmente il Codice di Modena, ripetendo le massime stabilite nell'articolo 2297 del Codice di Sardegna, dispone nell'articolo 2245 ciò che segue: « *Il terzo pos-*

(1) Vol. II, n. 347, pag. 79; e n. 349, pag. 81.
(2) Vol. II, n. 480, pag. 329.

sessore, che ha pagato il debito, o abbandonato l'immobile, o ne ha sofferta l'espropriazione, ha il regresso per la evizione contro il debitore principale; ed ha azione in via di subingresso contro i terzi possessori di altri fondi sottoposti ad ipoteca per lo stesso credito a lui posteriori di data nella trascrizione dell'acquisto » (1).

(1) Il capitolo V del Progetto Vatimesnil — *De l'effet des privilèges et hypothèques contre le tiers détenteur* — conteneva le seguenti disposizioni: « Art. 2172. Les créanciers ayant privilège dûment conservé ou hypothèque inscrite sur un immeuble, le suivent en quelques mains qu'il passe, pour être colloqués et payés suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions. » — « Art. 2173. Jusqu'à la transcription du titre translatif de propriété, toutes poursuites sont valablement dirigées contre le propriétaire primitif. » — « Art. 2174. Dans la quinzaine qui suit la transcription, les créanciers privilégiés ou hypothécaires du précédent propriétaire, dont le titre est antérieur à ladite transcription, peuvent prendre inscription sur l'immeuble dont l'aliénation a été transcrite. — Passé ce délai, ils n'y sont plus recevables. » — « Art. 2175. Tant que l'acquéreur, l'échangiste ou le donataire n'a pas rempli les formalités prescrites par le chapitre VIII pour purger les hypothèques, il est tenu hypothécairement de la totalité des créances inscrites, et jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire. — En outre, l'acquéreur est tenu personnellement envers les créanciers inscrits, mais seulement dans le cas et dans les limites déterminées par l'art. 2177. » — « Art. 2176. Faute par le tiers détenteur de satisfaire pleinement à l'obligation énoncée dans le paragraphe 1er de l'article précédent, chaque créancier hypothécaire a le droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué. Il ne peut être procédé à la saisie de cet immeuble que trente jours après le commandement fait au tiers détenteur de payer la somme due à ce créancier ou de notifier son contrat. Ce commandement ne peut être fait pendant le délai de quinze jours qui suit la transcription. — Le tiers détenteur peut toujours, en notifiant son contrat, ainsi qu'il sera dit dans le chapitre VIII, arrêter les poursuites dirigées contre lui, à la charge de supporter personnellement les frais faits depuis le commandement. Cette faculté ne cesse que lorsque la saisie de l'immeuble hypothéqué lui a été dénoncée. — L'exception de discussion en faveur du tiers détenteur et la faculté de délaissement sont supprimées. » — « Art. 2177. Si, par l'effet des poursuites dirigées contre l'acquéreur, l'immeuble est adjugé à un prix inférieur à celui de la vente faite audit acquéreur, celui-ci est tenu personnellement envers les créanciers inscrits de la différence entre les deux prix; et, dans le cas où il est procédé à un ordre, cette différence est attribuée aux derniers créanciers colloqués. — En cas de revente volontaire par l'acquéreur non libéré de son prix, cet acquéreur est pareillement tenu envers les créanciers de la différence entre ce prix et celui qui résulterait d'une adjudication par suite de saisie immo-

bilière ou de surenchère faite sur le sous-acquéreur, sans préjudice de l'application à ce sous-acquéreur du paragraphe précédent. » — « Art. 2178. Le tiers détenteur qui a payé la dette hypothécaire ou qui a subi l'expropriation de l'immeuble hypothéqué, a le recours en garantie tel que de droit contre son auteur. » — « Art. 2179. Le tiers détenteur, qui veut purger sa propriété en payant le prix, doit observer les formalités qui sont établies dans le chapitre VI du présent titre. » (Moniteur Universel, 26 avril 1850, supplément au n° 116.) Le citate disposizioni del Progetto Vatimesnil, approvate dall'Assemblea legislativa nella seduta del 21 febbraio 1851 (Moniteur Universel n° 53, 22 février 1851), portavano non piccole modificazioni alle massime stabilite dal Codice Napoleone nel capo VI — *Dell' effetto de' privilegi e delle ipoteche contro i terzi possessori.* — La più importante di queste modificazioni è l'abolizione della facoltà di fare il rilascio e della eccezione di escussione. E qui non posso tenermi dal far plauso al dottissimo Vatimesnil, il quale sopprimeva sapientemente la disposizione dell'articolo 2177 del Codice Napoleone. Questa disposizione è giustissima nella parte che accorda al terzo possessore che fa il rilascio del fondo la reviviscenza degli spenti diritti reali, ma è illogica ed ingiusta nella parte che concede lo stesso favore della reviviscenza dei diritti estinti al terzo possessore, in odio del quale i creditori ipotecari eseguiscono la espropriazione forzata. Abolita la facoltà di fare il rilascio, veniva meno il titolo che giustificava il benefizio di detta reviviscenza, ed è perciò da lodarsi grandemente il Progetto Vatimesnil per la soppressione della massima stabilita nel citato articolo 2177 del Codice Napoleone.

CAPO VII.

DELL' ESTINZIONE DEI PRIVILEGI E DELLE IPOTECHE.

Articolo 2180.

I privilegi e le ipoteche si estinguono:

1. Con lo scioglimento della obbligazione principale;
2. Con la rinuncia del creditore all' ipoteca;
3. Coll' adempimento delle formalità e condizioni prescritte ai terzi possessori per render liberi i beni da essi acquistati;
4. Con la prescrizione.

La prescrizione si acquista a vantaggio del debitore, riguardo ai beni che si trovano in suo potere, trascorso quel periodo di tempo che è determinato per la prescrizione delle azioni che producono l' ipoteca o il privilegio.

La prescrizione riguardo ai beni posseduti da un terzo, si acquista da questo col periodo di tempo stabilito per prescrivere il dominio in suo favore: nel caso in cui la prescrizione si appoggi ad un titolo, essa comincia a decorrere dal giorno in cui il titolo predetto è stato trascritto sui registri del Conservatore.

Le inscrizioni fatte eseguire dal creditore non interrompono il corso della prescrizione stabilita dalla legge a favore del debitore o del terzo possessore.

SOMMARIO.

1137. Quali sono secondo il Diritto Romano e secondo il Sistema Ipotecario del Codice Napoleone i modi legittimi onde i privilegi e le ipoteche si estinguono?

1138. Lo scioglimento della obbligazione principale è il primo modo onde svaniscono i privilegi e le ipoteche.

1139. Quando la obbligazione principale si scioglie col pagamento, quali condizioni si richiedono, affinchè rimangano estinti i privilegi e le ipoteche?

1140. Se il creditore soffre l'evizione del fondo a lui dato in pagamento del credito, risuscitano a nuova vita i privilegi e le ipoteche che lo stesso credito garantivano?

1141. Se e quando si estinguano le ipoteche del creditore, allorchè questi si rifiuta di ricevere il pagamento, e il debitore fa il deposito in giudizio della somma dovuta?

1142. Se e come possono rimaner vive le ipoteche del creditore, quando il debito si estingue colla novazione?

1143. Se la obbligazione è estinta colla remissione volontaria del creditore, i privilegi e le ipoteche che la garantivano rimangono sempre sciolti?

1144. Quegli che ha pagato un debito il quale era di diritto estinto in forza della compensazione, proponendo il credito per cui non ha opposto la compensazione, non può in pregiudizio dei terzi giovarsi dei privilegi o delle ipoteche annesse al suo credito, quando però non abbia avuto un giusto motivo di ignorare il credito che avrebbe dovuto compensare il suo debito.

1145. Se e quando si estinguano i privilegi e le ipoteche quando il debito rimane estinto per la confusione?

1146. In tutti quei casi in cui la perdita della cosa scioglie la obbligazione del debitore, si estinguono i privilegi e le ipoteche che la garantivano.

1147. Quando una convenzione o è dichiarata nulla dal competente Tribunale, o viene rescissa per causa di lesione, cadono tutte le ipoteche che stavano a sua garanzia.

1148. Sciogliendosi la obbligazione per forza di una condizione resolutiva espressa o tacita, si sciolgono altresì i privilegi e le ipoteche che ne assicuravano l'adempimento.

1149. Per Diritto Romano le azioni personali si prescrivevano col termine di 30 anni e l'azione reale ipotecaria col più lungo di 40 anni. Secondo i principj del Codice Napoleone l'azione

reale ipotecaria non può mai sopravvivere all'azione personale prescritta.

1150. Il modo di estinzione delle ipoteche derivante dallo scioglimento della obbligazione principale è comune alle ipoteche ed ai privilegi tutti di qualunque natura e specie.

1151. La rinuncia del creditore al diritto d'ipoteca è un altro modo onde le ipoteche si estinguono. Per Diritto Romano una tale rinuncia può essere espressa o tacita. In quali casi e sotto quali condizioni ha luogo la tacita?

1152. La espressa rinunzia al diritto d'ipoteca secondo i principj del Codice Napoleone deve essere accettata dal debitore?

1153. Le tacite rinunzie al diritto d'ipoteca non sono inconciliabili coi principj del Codice Napoleone. Non può però più dedursi la tacita rinuncia al diritto d'ipoteca dal semplice assenso dato dal creditore alla vendita del fondo ipotecato, o alla costituzione di una seconda ipoteca.

1154. Colla rinunzia del creditore si possono estinguere tanto le ipoteche, quanto i privilegi di qualsiasi specie e natura.

1155. Il terzo modo onde i privilegi e le ipoteche si estinguono è l'adempimento delle formalità e condizioni prescritte ai terzi possessori per render liberi i beni da essi acquistati. Questo modo, che è comune alle ipoteche ed ai privilegi costituiti sui beni immobili, è estraneo ai privilegi sui beni mobili.

1156. La prescrizione è il quarto modo indicato dall'articolo 2180, onde si estinguono i privilegi e le ipoteche. Breve cenno sulla prescrizione romana di lungo e di lunghissimo tempo. La definizione del Codice Napoleone abbraccia l'una e l'altra prescrizione. Sotto quali condizioni si prescrivono per Diritto Romano le ipoteche in faccia al terzo possessore? Da qual giorno corre il termine della prescrizione opponibile dal terzo possessore contro i creditori ipotecari?

1157. La prescrizione dei privilegi e delle ipoteche ha luogo secondo i principj del Codice Napoleone in vantaggio del terzo possessore colle stesse norme, onde è regolata la prescrizione del gius di dominio. Si indicano brevemente le condizioni essenziali alla prescrizione dei 10 o 20 anni tanto secondo i principj della romana giurisprudenza, quanto secondo quelli del Codice Napoleone.

1158. Perchè il terzo possessore possa prescrivere i privilegi e le ipoteche gravitanti sul suo fondo colla prescrizione dei 10 o 20 anni è necessario che tutti concorrano i requisiti propri di una tale prescrizione, la quale comincia a decorrere dal giorno della trascrizione del titolo dello stesso terzo possessore. Può il possessore congiungere al possesso proprio quello del suo autore. Una

tale congiunzione di possessi non può però aver luogo, se l'autore non fece la trascrizione del suo titolo.

1159. Il terzo possessore, cui mancano i requisiti della prescrizione dei 10 o 20 anni, prescrive i privilegi e le ipoteche gravitanti sul suo fondo colla prescrizione dei 30, i quali cominciano dal giorno in cui lo stesso possessore entrò in possesso dell'immobile ipotecato.

1160. La disposizione dell'articolo 2257, secondo la quale la prescrizione non corre riguardo ad un credito condizionale o a tempo sino a che siasi verificata la condizione, o sia scaduto il tempo, non è applicabile al terzo possessore, che invoca la prescrizione contro il creditore ipotecario dei 10 o 20 anni, ma si bene a quello che ricorre alla prescrizione dei 30 anni.

1161. Il terzo possessore non rinuncia alla eccezione di prescrizione facendo le notificazioni e intimazioni indicate nei capi 8 e 9.

1162. Quando e in qual modo avvenga la interruzione della prescrizione dei privilegi e delle ipoteche?

1163. Sono diversi gli effetti della sospensione da quelli della interruzione della prescrizione. Si combatte l'errore di quegl'Intèrpreti, i quali, supposto il caso che il creditore ipotecario venga a morire lasciando due eredi, l'uno maggiore, minore l'altro, sostengono che la prescrizione dell'ipoteca, onde è garantito il credito, rimane in sospeso tanto riguardo al minore, quanto al maggiore di età.

1164. La 2ª parte del n. 4° dell'articolo 2180 non è applicabile ai privilegi costituiti sui beni mobili.

1165. I privilegi e le ipoteche altresì si estinguono allorquando si scioglie il dominio dell'ipotecante. Osservazioni intorno alla retta applicazione del principio — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* — Esempi tratti dalle Leggi Romane e dal Codice Napoleone.

1166. Un altro modo onde si estinguono i privilegi e le ipoteche, è la perenzione della cosa gravata. Se il debitore aveva assicurata la casa data in ipoteca, il creditore potrà esercitare un diritto di prelazione sulla somma dovuta a titolo d'indennità dalla Compagnia assicuratrice?

1167. Se l'usufruttuario acquista la proprietà della cosa al suo usufrutto soggetta, si estingue l'ipoteca sullo stesso usufrutto costituita. Osservazioni sulla incompatibilità dell'usufrutto col diritto d'ipoteca. I soli beni immobili ed i loro accessorj riputati come immobili dovrebbero essere suscettibili del gius d'ipoteca.

1168. La mutazione dell'immobile ipotecato lascia intatta la ipoteca.

1169. Se la mutazione di forma, a cui andarono soggetti i mobili gravati

di un privilegio, estingua i diritti del creditore privilegiato?

1170. La confusione è un altro modo, onde si sciolgono i privilegi e le ipoteche.

1171. La risoluzione del contratto di alienazione, col quale rimase spento il diritto del creditore ipotecario, fa rivivere lo stesso diritto.

1172. Se il creditore soffre l'evizione del fondo datogli dal suo debitore in pagamento, non rivivono secondo i principj del Diritto Romano le azioni del credito estinto. Ma tale reviviscenza deve ammettersi secondo i principj del Codice Napoleone.

1173. Quali sono gli effetti della reviviscenza dei primitivi diritti del creditore che sofferse la evizione del fondo datogli in pagamento del suo credito?

1174. L'alienazione dei beni mobili estingue *ipso jure* i privilegi sui medesimi costituiti.

1175. Ai modi, onde si estinguono i privilegi e le ipoteche, indicati dal Codice Napoleone, il Codice delle Due Sicilie aggiugne la risoluzione del diritto di colui che ha costituito l'ipoteca.

1176. Si accennano le poche modificazioni fatte dal Codice di Parma all'articolo 2180 del Codice Napoleone.

1177. Si indicano i modi, onde le ipoteche si estinguono giusta il Regolamento Ipotecario Pontificio.

1178. Quali sono i modi, onde i privilegi e le ipoteche si estinguono secondo la Legge Toscana?

1179. La disposizione dell'articolo 175 della Legge Ipotecaria Toscana, giusta il quale il termine della prescrizione non incomincia a correre che dal giorno nel quale si poteva dal creditore esercitare la propria azione contro il debitore e i beni obbligati, è applicabile alla prescrizione dei privilegi e delle ipoteche invocata dal terzo possessore?

1180. Anche secondo la Legge Ipotecaria Toscana la risoluzione del dominio dell'ipotecante porta lo scioglimento delle ipoteche dal medesimo costituite. Nell'ultima parte però dell'art. 62 vengono indicati alcuni casi, ai quali non deve applicarsi il principio — *Resoluto jure dantis, resolvitur jur accipientis.* —

1181. Non ostante il silenzio del Toscano Legislatore, lo scioglimento della obbligazione principale e la rinuncia del creditore all'ipoteca o al privilegio non ponno non essere un modo di estinzione dei privilegi e delle ipoteche.

1182. Il Codice di Sardegna conferma i quattro modi di estinzione dei privilegi e delle ipoteche indicati nell'articolo 2180 del Codice Napoleone.

1183. Il Codice di Modena, quanto alla estinzione dei privilegi e delle

ipoteche, ripete le disposizioni degli articoli 2249 e 2250 del Codice di Parma. La questione che si fa dagli Interpreti del Diritto Francese, se il terzo possessore possa prescrivere il privilegio o l'ipoteca di un credito a tempo o condizionale prima della scadenza del termine fissato al pagamento o della verificata condizione, è stata tolta dal Codice di Modena.

1137. L'ipoteca è nel Sistema Ipotecario moderno quello stesso diritto reale che era nell'antico (1), e tende allo stesso scopo, che è la garanzia dei crediti. Deve dunque estinguersi per quei modi e per quelle stesse cagioni onde periva la romana ipoteca. Se non che il nuovo carattere attribuito alla ipoteca moderna, quello cioè della pubblicità, diede causa ad una nuova maniera, sconosciuta agli antichi, onde le ipoteche possono rimanere estinte, e questa si è il giudizio di purgazione dei fondi dai privilegi e dalle ipoteche. Per Diritto Romano sei sono i modi, onde le ipoteche si estinguono, cioè: 1. lo scioglimento della obbligazione principale; 2. la risoluzione del dominio dell'ipotecante; 3. la perenzione della cosa ipotecata; 4. la rinuncia del creditore all'ipoteca; 5. la prescrizione; 6. la confusione, ossia consolidazione nella stessa persona del gius d'ipoteca e del gius di dominio (2). Aggiugnendosi a questi antichi titoli il nuovo del giudizio di purgazione introdotto dal sistema della pubblicità, sette dovrebbero essere i modi atti a spegnere le moderne ipoteche. Eppure l'articolo 2180 quattro soli ne indica, e non fa punto parola nè della perenzione della cosa, nè della confusione, nè della risoluzione del dominio dell'ipotecante. È però certo che anche questi sono modi naturali e necessarj onde le ipoteche si estinguono. L'articolo 2180 accenna in genere i modi, pei quali svaniscono i privilegi e le ipoteche. Certamente i modi, pei quali si spengono le ipoteche, non possono non essere comuni altresì ai privilegi costituiti sui beni immobili, perchè tali privilegi non sono in sostanza che ipoteche privilegiate sottoposte, come le semplici, all'obbligo della inscrizione. Ma non tutti i modi propri dei privilegi costituiti sui beni immobili e delle ipoteche possono adattarsi ai privilegi che colpiscono i beni mobili, anche perchè questi ultimi privilegi non furono assoggettati al sistema

(1) Grenier, *Des Hyp.*, tome I, n. 60.
(2) Pothier ad Pand., lib. 20, tit. 6, pr. — Voet, lib. 20, tit. 6.

della pubblicità. Nel discorrere pertanto dei singoli modi, onde i privilegi e le ipoteche si estinguono, non mancherò di notare di mano in mano quali di essi sieno comuni ad ogni maniera di privilegi, quali convengano ai soli privilegi costituiti sui beni mobili.

1138. La obbligazione è il fondamento essenziale dell'ipoteca e di qualunque privilegio, o sia costituito sopra beni mobili, o sopra beni immobili (1). Collo scioglimento pertanto della obbligazione venendo meno lo scopo e il fondamento del privilegio e della ipoteca, sì l'una che l'altro rimaner devono necessariamente estinti (2). Le obbligazioni si estinguono col pagamento, colla novazione, colla remissione volontaria, colla compensazione, colla confusione, colla perdita della cosa, colla dichiarazione di nullità o colla rescissione, per effetto della condizione risolutiva, e colla prescrizione (3). Ma qualunque sia il modo onde la obbligazione si scioglie, la morte della obbligazione principale trae con sè necessariamente quella del privilegio o della ipoteca, non potendo l'accessorio sopravvivere al suo principale (4).

1139. Il pagamento è il modo più naturale, onde si sciolgono le obbligazioni (5); ma perchè i privilegi e le ipoteche, che garantiscono il credito, rimangano estinti col pagamento, è mestieri che l'intero debito sia soddisfatto. Se il debito non è estinto che in parte, i privilegi e le ipoteche, che stanno a sua garanzia, restano fermi e vivi in tutta la loro integrità (6). Perciò se vi sieno più coeredi del defunto debitore, ed uno di essi paghi la propria quota del debito, i privilegi e le ipoteche, che sono di loro natura indivisibili, rimangono intatti, finchè l'intero debito non sia per intero soddisfatto (7). Ond'è che l'erede che pagò la

(1) « Il ne peut y avoir d'hypothèque sans une dette. » (Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 183.)

(2) Voet, lib. 20, tit. 6, n. 2. — Troplong, art. 2180, n. 878 bis. — Persil, art. 2180, n. 12.

(3) Art. 1234.

(4) L. 129, § 1, e L. 178, D. *De div. reg. Juris.*

(5) Instit. lib. 3, tit. 30, pr.

(6) L. 9, § 3, D. *De pigneratitia.* — L. 6, C. *De distr. pignorum* — L. ult. C. *Debit. vend. pignoris.* — Voet, lib. 20, tit. 6, n. 2. — L. 19, D. *De pignoribus.* — L. 85, § 6, D. *De verb. obligationibus.* — Persil, art. 2180, n. 2. — Troplong, art. 2180, n. 846.

(7) « Si unus ex heredibus portionem suam solverit, tamen tota res

propria quota del debito, sebbene non possa essere molestato coll'azione personale, può però pel residuo essere citato coll'azione reale ipotecaria, se trovasi in possesso dei beni ipotecati a garanzia del credito (1). E però si verifica in questo caso che l'azione ipotecaria è esercibile contro il coerede che pagò la propria quota anche dopo che rimase rispetto a lui estinta l'azione personale (2). Dichiara perciò l'articolo 873 del Codice Napoleone che gli eredi sono tenuti ai debiti ed ai pesi ereditari *personalmente* per la loro parte e porzione virile, ed *ipotecariamente* per l'intero. E per la stessa ragione della indivisibilità della ipoteca, se il debitore paga ad uno dei coeredi del defunto creditore la quota virile a lui dovuta, le ipoteche e i privilegi restano intatti sino a che sieno soddisfatte le porzioni tutte del credito spettanti agli altri coeredi (3). E l'intero debito deve essere pagato non solo quanto al capitale, ma altresì quanto agli interessi e a qualunque accessorio, onde i privilegi e le ipoteche rimangano estinte (4). È però indifferente che il debito sia pagato dallo stesso debitore o da un terzo estraneo (5), sì veramente che il terzo che paga non ottenga il subingresso nelle ragioni del creditore dimesso. Imperocchè verificandosi il subingresso a favore del terzo che paga, i privilegi e le ipoteche ond'era garantito il credito rimangono vivi e fermi, e possono esercitarsi dal pagatore, che veste la qualità e il carattere di cessionario (6).

pignori data venire poterit: quemadmodum si ipse debitor portionem solvisset. » (L 8, § 2, D. *De pigneratitia.*) — L. 16, C. *De distr. pignorum.* — L. 1, C. *De luit. pignoris.*

(1) L. 2, C. *Si unus ex plur. heredibus.*

(2) L. 2, C. *De luit. pignoris.* — Voet, lib. 20, tit. 6, n. 2.

(3) « Manifesti et indubitati juris est, defuncto creditore multis relictis heredibus, actionem quidem personalem inter eos ex Lege 12 Tabularum dividi: pignus vero in solidum unicuique teneri. » (L. 1, C. *Si unus ex plur. heredibus.*)

(4) « Propter usuras quoque si obligata sit hypotheca, usuræ solvi debent. Idem et in pœna dicemus. » (L. 13, § 6, D. *De pignoribus.*)

(5) Instit. lib. 3, tit. 30, pr. — L. 1, D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur.*

(6) « Tunc enim manent omnes obligationes integræ, quia pretii loco id accipitur, non solutionis nomine. » (L. 5, § 2, D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur.*) — L. 76, D. *De solutionibus.* — Persil, art. 2180, n. 2.

1140. Può darsi che il debitore dia in pagamento un fondo per un valore determinato al suo creditore, e che questi ne soffra l'evizione. In questo caso rivivrà a favore del creditore l'estinto credito, e così risusciteranno a nuova vita i privilegi e le ipoteche che lo garantivano? Il Voet tratta questa questione, e sostiene che rivivono al creditore i primitivi diritti (1). Il Troplong, che discorre lungamente di questo importantissimo punto, afferma anch'esso che per le Leggi Romane rinascono i diritti ipotecari del creditore che soffre l'evizione del fondo a lui dato in pagamento del suo credito (2). Io avrò più innanzi occasione di esaminar questo punto di romana giurisprudenza. Qui mi basta l'osservare che la reviviscenza dei diritti ipotecari del creditore, il quale soffre l'evizione del fondo a lui dato in pagamento della somma che gli era dovuta, non può non ammettersi secondo i principj del Codice Napoleone. E infatti, qualunque sieno su questo punto le massime del Romano Diritto, il detto Codice non pone il principio che la condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti sinallagmatici nel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione? Ora la dazione in pagamento è senza dubbio un contratto sinallagmatico, come quella che si risolve nel contratto di compra e vendita (3), e il creditore rinunzia al proprio credito e ne assolve il debitore per ciò solo che questi gli cede la proprietà del fondo datogli in pagamento. Se questa cessione non può avere il suo effetto, vien meno per parte del debitore l'adempimento del contratto di dazione in pagamento, e perciò il creditore è in diritto di valersi della condizione risolutiva inerente a tutti i contratti sinallagmatici. E quando di un contratto avviene la risoluzione, *in pristinam causam res redit*, come dice la L. 10, § 1, D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur*, ossia ciascuno dei contraenti ricupera i primitivi diritti, e tornano le cose allo stato in cui erano prima dello stesso contratto (4). La reviviscenza del credito e delle relative azioni del creditore, che soffre l'evizione del fondo a lui dato in pagamento, è una conseguenza

(1) Voet, lib. 46, tit. 3, n. 13.
(2) Troplong, art. 2180, n. 852.
(3) L. 4, C. *De evictionibus*. — L. 15, D. *Quib. ex caus. in poss. eatur*.
(4) N. 1124, pag. 224, note 1 e 2.

della condizione risolutiva, che il Codice Napoleone volle inerente a qualsiasi contratto sinallagmatico. E tanto è lungi che una tale reviviscenza ripugni ai principj dello stesso Codice, che trovasi espressamente proclamata nell'articolo 2177 in favore del terzo possessore che fa il rilascio e persino di quello che subisce la espropriazione del fondo ipotecato a garanzia dei creditori dell'alienante. Nè è inconciliabile col sistema della pubblicità, come potrebbe parere ad alcuni. Imperocchè allora le ipoteche a nuova vita richiamate offenderebbero il sistema della pubblicità, quando per esse derogar dovesse la legge alla necessità della inscrizione, a cui le ipoteche ed i privilegi furono sottoposti; laddove nessuna onta arrecar possono alla luce della pubblicità, quando la loro attualità ed efficacia dipendano dalla condizione della inscrizione. Rivivono sì certamente *ipso jure* le ipoteche ed i privilegi del creditore, che soffre l'evizione del fondo a lui dato in pagamento; ma rivivono sotto la stessa condizione, a cui erano prima della lor morte sottoposti, cioè sotto la condizione della inscrizione, la quale, consistendo in un fatto materiale, dalla mano dell'uomo deve essere attuata. Ciò posto, possono verificarsi tre casi: 1. che l'inscrizione del credito, estinto colla dazione in pagamento, sia ancor viva nel momento in cui ha luogo l'evizione, o perchè non trascorse ancora un decennio dalla sua data, o perchè il cauto creditore, temendo il pericolo della evizione del ceduto fondo, si diede premura di domandarne in tempo debito la rinnovazione; 2. che l'inscrizione sia andata perenta per difetto di rinnovazione; 3. che sia stata regolarmente cancellata ad istanza del debitore dopo che fu soddisfatto il debito colla dazione in pagamento. Nel primo caso i rinati diritti del creditore verranno graduati dalla data della primitiva inscrizione, perchè rinascendo trovano sè stessi già vestiti della forma indispensabile alla loro attuazione, e ciò senza che possano dolersene i creditori posteriori o gli acquirenti, i quali furono avvertiti dalla conservata inscrizione del pericolo ond'erano minacciati. Nel secondo caso la legge può ben dar nuova vita ai privilegi e alle ipoteche spente colla dazione in pagamento, ma non può risuscitare da morte la perenta inscrizione, che solo dalla mano dell'uomo può essere riaccesa. Il creditore che soffre la evizione del fondo riacquista senza dubbio *ipso jure* i perduti diritti di credito e le relative ipoteche, che appartengono alla cate-

goria delle cose puramente incorporali, ma di queste non potrà far uso per mancanza della inscrizione che andò perenta. Egli pertanto si troverà nella condizione di quel creditore che ha una ipoteca o un privilegio non ancora inscritto, e potrà al pari di questo accendere una nuova inscrizione da avere effetto ben inteso dalla sua data. Ecco in qual modo la reviviscenza dei diritti del creditore che soffre la evizione del fondo a lui dato in pagamento si concilia e si rende compatibile col sistema della pubblicità! Anche nel terzo caso il creditore che soffre la evizione del fondo dato in pagamento potrà a garanzia del rinato credito accendere una nuova inscrizione da avere effetto essa pure dalla sua data. Imperocchè la cancellazione della inscrizione non produce e non può produrre altro effetto che di smorzare la luce, che palesava ai terzi il diritto ipotecario del creditore. Se il diritto spento colla dazione in pagamento rinasce a nuova vita, il creditore non può non avere il diritto di accendere una nuova inscrizione indicatrice ai terzi del ricuperato diritto, semprechè ben inteso i beni ipotecati sieno ancora suscettivi e capaci di portare il peso di nuove inscrizioni, e non abbiano nei modi legali acquistata la loro libertà e indipendenza (1). Può darsi che le ipoteche estinte colla dazione in pagamento sieno di quelle, a cui l'articolo 2135 accorda la dispensa dalla inscrizione. Questo caso non è contemplato dal Troplong, ma una volta ammesso il principio della reviviscenza dei diritti del creditore, deve farsene l'applicazione a qualunque privilegio od ipoteca, sia questa o no dispensata dalla formalità della inscrizione. E l'ipoteca legale richiamata a nuova vita godrà gli stessi privilegi e dispense, di cui poteva far uso prima della sua morte, ed essendo il suo grado indipendente dalla data della materiale inscrizione, ripiglierà il primitivo suo posto e grado dalla data stabilita e determinata nel già citato articolo 2135. Questo risultato è una necessaria e logica conseguenza del principio che la dazione in pagamento non spegne irrevocabilmente i diritti ipotecari del creditore assegnatario del fondo, e una volta questo principio ammesso, è forza accettarne e subirne tutte le conseguenze. Non deve parere strano che quando l'ipoteca rinata a novella vita è

(1) Troplong, art. 2180, n. 861, 863, 864, 865.

soggetta all' obbligo della inscrizione, e che questa andò perenta o fu cancellata dopo la dazione in pagamento, il creditore che soffre la evizione del ceduto fondo non possa aver grado che dalla data della nuova inscrizione da lui accesa, laddove quando l' ipoteca rinata è una di quelle che sono dispensate dall'obbligo della inscrizione, il creditore riacquisti la sua ipoteca ed altresì l'antico suo posto e grado come se la dazione in pagamento non avesse mai avuto luogo. È chiara la ragione della differenza. La legge che fa rivivere i diritti incorporali del creditore non può colla sola forza della sua autorità e senza l' aiuto dell' opera dell' uomo riaccendere la spenta face della inscrizione. L' ipoteca rinata non può quindi aver grado ed efficacia in faccia ai terzi se non dal giorno in cui la mano del Conservatore la veste ad istanza del creditore della perduta forma e la fa brillare di nuova luce. Quando al contrario l' ipoteca rinata è una di quelle a cui compete il privilegio della dispensa dalla inscrizione, la volontà sola della legge, senza bisogno del soccorso dell' uomo, basta ad inspirarle di bel nuovo l' alito della vita e tutta la primitiva efficacia. Può accadere però che anche della rinata ipoteca legale esente dall' obbligo della inscrizione non possa il creditore far uso, se i beni ipotecati passarono in mano di un terzo possessore che liberò nei modi stabiliti dalla legge l' acquistata proprietà dal peso di qualunque legale ipoteca. Il creditore in questo caso trovasi nella stessa condizione di quello che non può più inscrivere la rinata ipoteca dopo i 15 giorni dalla trascrizione eseguita dall' alienatario del contratto di alienazione. Nè all' uno, nè all' altro può giovare il diritto d' ipoteca risuscitato a nuova vita, quando prima del momento in cui lo spento diritto ricupera le perdute forze, i fondi già gravati avevano acquistata nei modi legali la piena loro libertà. Si dirà che la rinascita di una ipoteca legale dispensata dall' obbligo della inscrizione, a cui viene accordato il favore del primitivo grado, come se mai non fosse accaduta la sua morte, è grandemente dannosa al credito fondiario. Io non lo nego: ma il danno, che da tale ipoteca rinata a nuova vita deriva al credito, è una fatale e inevitabile conseguenza della ingiusta e illogica dispensa dall' obbligo della inscrizione, onde furono privilegiate alcune ipoteche legali. Si abolisca una tale dispensa, si assoggettino tutte le ipoteche all' obbligo della inscrizione, sia sanzionato il prin-

cipio generale, non guasto e corrotto da alcuna eccezione, che la sola data della inscrizione può essere la misura del grado dei creditori ipotecari, e allora tutti svaniranno gl' inconvenienti, che oggi possono derivare dalla reviviscenza delle ipoteche legali dispensate dall' obbligo della inscrizione.

1141. Quando il creditore ricusa di ricevere il pagamento, il debitore può farne ad esso l' offerta reale, ed in caso di rifiuto di accettarla per parte del creditore, può depositare la somma o la cosa offerta. La reale offerta susseguita dal deposito, quando sia fatta validamente nel modo stabilito dalla legge, tiene luogo di pagamento, e libera il debitore (1), e per conseguenza scioglie dai privilegi e dalle ipoteche i beni vincolati a garanzia del credito (2). Finchè il deposito non sia stato accettato dal creditore, il debitore può ritirarlo, e quando lo ritiri, si considera come non avvenuto, i suoi condebitori o sicurtà non restano liberati, e di conseguenza restano fermi i vincoli dei privilegi e delle ipoteche ond' era garantito il credito (3). Ma allora quando il debitore ha egli stesso ottenuta una sentenza passata in giudicato, la quale abbia dichiarate buone e valide le sue offerte e il deposito, non gli è più lecito, nemmeno col consenso del creditore, di ritirare il deposito in pregiudizio de' suoi condebitori o fideiussori (4). In quest' ultimo caso l' autorità della sentenza passata in giudicato dà al deposito stesso tale conferma da non poterlosi più riguardare come non avvenuto (5). E però il creditore, il quale ha acconsentito che il debitore ritiri il suo deposito dopo che questo fu dichiarato valido con sentenza passata in giudicato, non può pel pagamento del proprio credito più valersi dei privilegi e delle ipoteche che vi erano annesse; e non può avere ipoteca se non dal giorno in cui l' atto col quale acconsentì che

(1) Art. 1257. — L. 9, C. *De solutionibus*. — L. 20, C. *De pignoribus*. — Pothier, *Des Obligations*, n. 573.

(2) « Acceptam mutuo sortem cum usuris licitis creditoribus post contestationem offeras: at si non suscipiant, consignatam in publico depone, ut cursus legitimarum usurarum inhibeatur . . . . . . Quo subsecuto, etiam periculo debitor liberabitur, et jus pignorum tolletur. » (L. 19, C. *De usuris*.) — Voet, lib. 20, tit. 6, n. 2; lib. 46, tit. 3, n. 29.

(3) Art. 1261.

(4) Art. 1262.

(5) Pothier, *Des Obligations*, n. 579.

fosse ritirato il deposito, sarà stato rivestito delle forme prescritte a produrre una ipoteca (1).

1142. Le obbligazioni si estinguono altresì colla novazione, la quale è la sostituzione di un nuovo all'antico debito (2). La novazione si fa in tre modi: 1° quando il debitore contrae verso il suo creditore un nuovo debito, il quale viene sostituito all'antico che rimane estinto; 2° quando un nuovo debitore è sostituito all'antico, il quale viene liberato dal creditore; 3° quando in forza di una nuova obbligazione un nuovo creditore viene sostituito all'antico, verso cui il debitore è liberato (3). Ma in qualunque modo avvenga, la novazione scioglie la primiera obbligazione non meno del reale pagamento (4), ed estingue perciò i privilegi e le ipoteche che la garantivano (5). Quando però il debitore contrae verso il suo creditore un nuovo debito sostituito all'antico, è permesso di stipulare nell'atto contenente la novazione, che le ipoteche costituite a garanzia del primo debito, che rimane estinto, debbano restar ferme a cauzione del nuovo (6). Ma se la novazione si effettua tra il creditore ed uno dei debitori solidari, i privilegi e le ipoteche dell'antico credito non possono essere riservate che sui beni di quello che contrae il nuovo debito (7), non potendo il trasporto delle ipoteche dall'antico al nuovo debito operarsi senza il consenso della persona, a cui i beni ipotecati appartengono (8). E parimenti quando la novazione si effettua per la sostituzione di un nuovo debitore, i privilegi e le ipoteche primitive del credito non possono essere efficacemente riservate senza l'assenso del primo debitore, a cui spettano i beni ipotecati (9). Ma se nel caso di novazione

(1) Art. 1263.

(2) L. 1, D. *De novationibus.*

(3) Art. 1271.

(4) Pothier, *Des Obligations*, n. 599.

(5) « Novatione legitime facta, liberantur hypothecæ et pignus. » (L. 18, D. *De novationibus.*)

(6) Art. 1278. — « Novata autem debiti obligatio pignus perimit: nisi convenit ut pignus repetatur. » (L. 11, § 1, D. *De pigneratitia.*) — L. un. C. *Etiam ob chirographariam.* — L. 12, § 5, L. 3 e L. 21, D. *Qui potiores.* — Pothier, *Des Obligations*, n. 599.

(7) Art. 1280.

(8) Pothier, *Des Obligations*, n. 599.

(9) « Paulus respondit, si creditor a Sempronio novandi animo sti-

possono le antiche ipoteche trasferirsi a garanzia del nuovo debito, quando ne sia fatta una espressa riserva, e vi sia il consenso della persona che costituì l'ipoteca a cauzione del primo debito, qualunque riserva sarebbe inefficace, quando la novazione si effettua colla sostituzione di un nuovo debitore, per trasferire i privilegi e le ipoteche primitive sui beni del nuovo debitore (1). I beni di questo nuovo debitore non possono essere vincolati che colla imposizione di una nuova ipoteca da lui costituita, la quale non potrà avere effetto e grado che dalla sua data, senza riguardo a quella della ipoteca, onde furono gravati i beni del primo debitore (2).

1143. Le obbligazioni si estinguono in terzo luogo colla remissione volontaria (3). Per Diritto Romano la remissione dei debiti facevasi dal creditore o colla accettilazione, la quale era il modo di sciogliere le obbligazioni verbali contratte col mezzo della stipulazione (4), o con un semplice patto. Se non che colla accettilazione la obbligazione rimaneva sciolta *ipso jure* (5); laddove il patto liberatorio dava al debitore una semplice eccezione per respingere l'azione del creditore, che in onta al patto avesse chiesto l'adempimento della obbligazione (6). Queste sottigliezze Romane furono abolite dal Diritto moderno, e la convenzione, onde il creditore, che ha la capacità di contrattare e la libera amministrazione del proprio patrimonio, rimette il suo credito, porta *ipso jure* la liberazione del debitore, e lo scioglimento dei beni gravati a garanzia del credito da qualunque privilegio od ipoteca (7). Questa remissione può essere espressa o tacita, perchè anche coi fatti materiali che attestano il consenso si fonda il diritto non meno che colle parole e cogli scritti (8). Perciò la

pulatus esset, ita ut a prima obligatione in universum discederetur: rursus easdem res a posteriore debitore sine consensu prioris obligari non posse. » (L. 30, D. *De novationibus*.)

(1) Art. 1279.

(2) Persil, art. 2180, n. 4.

(3) Art. 1234. — Voet, lib. 46, tit. 3, n. 17.

(4) Instit. lib. 3, tit. 30, § 1.

(5) Voet, lib. 46, tit. 4, n. 4.

(6) Voet, lib. 2, tit. 14, n. 3. — Instit. lib. 4, tit. 13, § 3.

(7) Pothier, *Des Obligations*, n. 607.

(8) Romagnosi, *Condotta delle acque*, § 713. — Vinnii, *Comment. Instit.* lib. 3, tit. 28, pr. n. 3. — Pothier, *Des Obligations*, n. 608.

volontaria consegna della scrittura originale dell'obbligo sotto firma privata, fatta dal creditore al debitore, costituisce la prova della liberazione (1). Non basta però la restituzione del pegno per far presumere la remissione del debito (2), in quanto che una tale restituzione, la quale fa prova soltanto della rinunzia del creditore alla garanzia del pegno, si concilia colla esistenza del debito, che puossi ripetere dal creditore colla azione personale o chirografaria (3). La remissione o la liberazione convenzionale accordata al debitore principale libera i fideiussori, perchè la obbligazione di questi essendo accessoria non può sussistere senza il fondamento della obbligazione principale; ma quella accordata al fideiussore non libera il debitore principale, la cui obbligazione è indipendente da quella del fideiussore (4). Neppure la remissione accordata ad uno dei fideiussori libera gli altri, perchè la obbligazione dell'uno punto non dipende da quella dell'altro, e trae tutta la sua forza dalla obbligazione del principal debitore (5). Ma siccome quando più persone abbiano fatta sicurtà per uno stesso debitore e per un medesimo debito, il fideiussore che ha pagato il debito, ha regresso contro gli altri mallevadori per la loro rispettiva porzione (6), e d'altra parte il fideiussore è liberato, allorchè per fatto del creditore non può avere effetto a favore del fideiussore medesimo il subingresso nelle ragioni, ipoteche e privilegi del creditore (7); quindi è che, sebbene la remissione accordata ad uno dei fideiussori non sciolga gli altri, i fideiussori non liberati però non potranno mai essere tenuti per l'intero debito, e avranno diritto di dedurre la quota che sarebbe toccata all'altro fideiussore liberato (8). E quando in forza della remissione accordata dal creditore, il debitore od il fideiussore ottengono la liberazione del debito, non possono non rimanere estinti i privilegi e le ipoteche ond'era ga-

(1) Art. 1282. — L. 2, D. *De pactis.*
(2) Art. 1286. — L. 3, D. *De pactis.*
(3) Pothier, *Des Obligations*, n. 610.
(4) Art. 1287. — Pothier, *Des Obligations*, n. 617.
(5) Art. 1287. — L. 23, D. *De pactis.* — L. 15, § 1, D. *De fidejussoribus.* — Pothier, *Des Obligations*, n. 611.
(6) Art. 2033.
(7) Art. 2037.
(8) Voet, lib. 46, tit. 1, n. 29.

rantita la rispettiva obbligazione. Dico *la rispettiva obbligazione:* imperocchè, siccome la remissione accordata al fideiussore non libera il debitore principale; così una tale remissione non può aver forza che di sciogliere i vincoli ipotecari ond'erano gravati i beni del fideiussore liberato, e non mai i privilegi e le ipoteche radicati sui beni del debitor principale. Come un secondo fideiussore può accedere alla obbligazione del primo, la quale rispetto al fideiussore secondo tiene luogo di obbligazione principale (1); così il fideiussore può costituire sui beni propri una ipoteca a garanzia dell'assunta mallevadoria, e in questo caso la remissione concessa dal creditore al fideiussore, sebbene non liberi il debitore principale, ha però forza di estinguere le ipoteche costituite sui propri beni dal fideiussore liberato, perchè la obbligazione di lui tiene luogo di obbligazione principale rispetto alle ipoteche dal medesimo costituite. La remissione del debito o la liberazione pattuita a vantaggio di uno de' condebitori solidari libera tutti gli altri, purchè il creditore non siasi espressamente riservato i suoi diritti contro questi ultimi (2). Se dunque la liberazione è fatta a vantaggio di uno de' condebitori solidari senza alcuna riserva, rimarranno estinti tutti i privilegi e le ipoteche, onde il debito era garantito, a chiunque appartengano i beni gravati. Se poi il creditore si è riservato i suoi diritti contro gli altri condebitori solidari, in questo caso sussisteranno le ipoteche da questi ultimi costituite, sebbene però il creditore non possa ripetere il credito, se non fatta deduzione della parte di colui al quale ha fatto la remissione.

1144. La compensazione è un altro modo, onde le obbligazioni si sciolgono. Nel momento stesso in cui due persone sono debitrici l'una verso l'altra o di una somma di denaro, o di una determinata quantità di cose fungibili della stessa specie, ha luogo tra esse *ipso jure* per la sola operazione della legge, ed anche senza saputa dei debitori, la compensazione, che estingue i due debiti fino alla concorrenza delle loro rispettive quantità (3). Ri-

(1) Fidejussorem pro fidejussore intervenire, novum non est, sic ut et primus *principalis* fidejussor propterea appelletur, et alter *sequens.* » (Voet, lib. 46, tit. 1, n. 6.) — L. 8, § 12, D. *De fidejussoribus.*

(2) Art. 1285.

(3) Art. 1289, 1290. — L. 1, e L. 21, D. *De compensationibus.*— L. 4, C. *De compensationibus.* — Pothier, *Des Obligations*, n. 635.

manendo pertanto colla compensazione estinti i due debiti nello stesso istante in cui questi esistono contemporaneamente, restano sciolti altresì necessariamente tutti i privilegi e le ipoteche che li garantivano, come quelli i quali non possono mai sopravvivere alla morte del debito principale (1). Ma può accadere che il debitore, p. e., Tizio, non faccia uso della compensazione e paghi il suo debito a Caio suo creditore, e che poscia domandi allo stesso Caio da lui soddisfatto il pagamento del credito proprio. Potrà Tizio in concorso e in pregiudizio dei terzi far valere le ipoteche ed i privilegi onde il suo credito era garantito sui beni di Caio? È certo che la compensazione, la quale ha luogo *ipso jure* e per opera della legge, estinse tanto il debito di Tizio verso Caio, quanto il debito di Caio verso Tizio. Quando pertanto Tizio si fece a pagare a Caio la somma già a lui dovuta, pagò realmente un indebito, perchè in forza dell'avvenuta compensazione Caio avea cessato di essere suo creditore; e così Tizio non può più dimandare a Caio coll'azione derivante dal suo credito il pagamento dello stesso credito, perchè in grazia della compensazione il debito di Caio verso Tizio rimase estinto. A Tizio non resta altro rimedio che l'azione d'indebito per ripetere da Caio la somma pagata per un debito già spento (2). Ciò posto, con qual diritto potrebbe Tizio far rivivere in pregiudizio dei terzi i privilegi e le ipoteche che gli competevano già a garanzia del suo credito, se il credito stesso più non vive, e se la stessa compensazione, che portò la morte del credito, estinse altresì necessariamente i privilegi e le ipoteche che stavano già a sua garanzia? I più ovvj principj del Diritto si oppongono all'esercizio di ipoteche e di privilegi già estinti, qualunque sia stata la cagione o volontaria o necessaria della loro morte. La compensazione produce gli stessi effetti del pagamento, e perciò i creditori che erano posteriori all'ipoteca di Tizio non pos-

(1) « Compensationis effectus est, quod solutionis vicem obtineat, adeoque pro rata debitum utrimque ipso jure minuatur . . . . . Cui consequens, ut et liberentur ipso jure fidejussores ac pignora. » (Voet, lib. 16, tit. 2, n. 2.) — L. 12, C. *De compensationibus*. — Pothier, *Des Obligations*, n. 636.

(2) « Si quis igitur compensare potens, solverit, condicere poterit, quasi indebito soluto. » (L. 3, e L. 10, § 1, D. *De compensationibus*.) — L. 5, § 2, D. *De impensis in res dot. factis*. — Voet, lib. 16, tit. 2, n. 2.

sono più temere di essere superati e vinti da questa ipoteca, che restò perentoriamente sciolta il dì dell'avvenuta compensazione (1). A ragione pertanto dichiara il Codice Napoleone nell'articolo 1299 che quegli che ha pagato un debito il quale era di diritto estinto in forza della compensazione, proponendo il credito per cui non ha opposto la compensazione, non può, *in pregiudizio dei terzi,* prevalersi dei privilegi o delle ipoteche annesse al suo credito. Nè si creda che i *terzi,* di cui fa parola il citato articolo, sieno quelli soltanto che acquistarono ipoteche dopo che era rimasta estinta l'ipoteca del credito compensato. I terzi sono tutti quelli che hanno delle ipoteche sui fondi già gravati pel credito estinto, o sieno le loro ipoteche posteriori all'avvenuta compensazione, o fossero prima di questa già vive ed inscritte. Quando la compensazione ha luogo, l'ipoteca, che garantiva il credito compensato, muore *ipso jure* e si scioglie. Perciò i creditori posteriori di grado acquistano subito un miglior posto, e così il diritto di respingere il creditore che li precedeva, come quello che più non può concorrere nella fila dei creditori ipotecari appoggiandosi ad una ipoteca legalmente estinta. Può però verificarsi che Tizio, il quale paga il debito a Caio senza giovarsi della compensazione, ignori senza sua colpa l'esistenza del credito, onde il debito suo restò compensato ed estinto. Anche in questo caso a tutto rigore i privilegi e le ipoteche inerenti al credito estinto in forza della compensazione rimangono sciolti. Ad ogni modo l'equità vuole che la compensazione, la quale è una finzione di diritto introdotta in vantaggio del debitore (2), non si ritorca a danno dello stesso debitore, quando una scusabile ignoranza del credito tenuto verso il creditor suo lo ha indotto a pagare il debito proprio (3). Mossi pertanto i Compilatori del Codice Napoleone dalla equità, alla quale

(1) « Si debitor, antequam a priore creditore pignus liberaret, idem illud ob pecuniam creditam alii pignori dedisset; et antequam utrique creditori solveret debitum, rem aliam priori creditori vendiderat, creditumque pensaverit cum pretio rei venditæ: dicendum est, perinde haberi debere, ac si priori creditori pecunia soluta esset. Nec enim interesse, solverit, an pensaverit: et ideo posterioris creditoris causa est potior. » (L. 4, D. *Qui potiores.*)

(2) L. 3, D. *De compensationibus.*

(3) Pothier, *Des Obligations*, n. 639.

devono mai sempre attenersi i legislatori (1), eccettuarono dalla disposizione generale del citato articolo 1299 il caso di chi ebbe un giusto motivo d'ignorare il credito che avrebbe dovuto compensare il suo debito.

1145. Quando le qualità di creditore e di debitore si riuniscono nella stessa persona, ha luogo la confusione, la quale è un altro modo onde si estinguono le obbligazioni (2). La confusione accade nella persona del debitore principale, quando il debitore diviene erede del creditore, o viceversa il creditore del debitore. Non potendo una persona essere debitrice e creditrice verso di sè medesima, la confusione che avviene nella persona del debitor principale distrugge necessariamente il debito, e col debito estingue altresì le obbligazioni accessorie dei fideiussori e le garanzie ipotecarie (3), per la ragione più volte detta che le obbligazioni accessorie non possono sussistere e aver forza senza l'appoggio di una obbligazione principale (4). E sebbene nel caso proposto nella L. 59, D. *Ad SCtum Trebellianum,* dove si suppone che il debitore abbia istituito erede il proprio creditore coll'obbligo di restituire l'eredità alla figlia del testatore, Paolo accordi all'erede, che adempì all'obbligo della restituzione, tanto il diritto di ritenzione del pegno datogli a garanzia del suo credito, quanto l'azione ipotecaria per agire contro i possessori dello stesso pegno, non può però dedursi che la confusione avvenuta nella persona del debitor principale lasci sussistere il pegno dato a garanzia del credito. Imperocchè la detta Legge, come osserva il Voet (5), appunto lascia vivo il pegno non ostante l'avvenuta confusione civile, in quantochè l'erede adì l'eredità forzatamente, e dopo la restituzione rimane a fondamento del pegno la obbligazione naturale.

La confusione può aver luogo altresì nella persona del fideius-

(1) L. 8, C. *De pactis conventis.*

(2) Art. 1300. — Voet, lib. 46, tit. 3, n. 18. — Pothier, *Des Obligations*, n. 641.

(3) Art. 1301. — Voet, lib. 46, tit. 3, n. 19 e n. 21. — Pothier, *Des Obligations*, n. 643, 644 e 645. — L. 38, § 1, e L. 71, pr. D. *De fidejussoribus.* — L. 34, § 8, D. *De solutionibus.*

(4) « Nam quæ accessionum locum obtinent, exstinguuntur, cum principales res peremtæ fuerint. » (L. 2, D. *De pec. legato.*) — L. 129, § 1, D. *De div. reg. Juris.*

(5) Voet, lib. 46, tit. 3, n. 19.

sore, quando il creditore è erede del fideiussore, o viceversa il fideiussore è erede del creditore. E questa confusione, se vale a sciogliere la obbligazione del fideiussore, punto non può produrre la estinzione della obbligazione principale, per la ragione che questa può vivere ed aver forza senza bisogno di essere accompagnata ad una obbligazione accessoria. Parimenti, se il debitore diviene erede del fideiussore, o il fideiussore del debitore, avviene la confusione nella persona del fideiussore, in quanto che uno non può essere debitore e mallevadore ad un tempo della propria obbligazione; ed anche in questo caso si scioglie semplicemente la obbligazione accessoria, rimanendo ferma la obbligazione principale, la quale assorbisce l'accessoria del fideiussore (1). Quando il creditore diventa erede del fideiussore, o viceversa, è fuori di dubbio che la estinzione della obbligazione del fideiussore trae con sè necessariamente lo scioglimento delle ipoteche costituite dallo stesso fideiussore a garanzia dell' assunta malleveria, e restano ferme le sole ipoteche onde il debitore principale assicurò il proprio debito. Ora la stessa massima avrà luogo altresì nell'altro caso suaccennato di confusione avvenuta nella persona del fideiussore, quando cioè il debitore diviene erede del fideiussore, o viceversa il fideiussore del debitore? Suppongasi il seguente caso: Tizio debitore di Caio induce in suo mallevadore Paolo, il quale ipoteca a garanzia della obbligazione assunta a favore di Caio i fondi A e B. Dopo qualche tempo Tizio debitore diventa erede di Paolo suo fideiussore, o viceversa Paolo fideiussore diviene erede di Paolo debitore. Si estingue, come si è detto, la obbligazione fideiussoria di Paolo, e riman ferma al creditore la sola obbligazione principale di Tizio debitore. Ora, verificandosi questo caso, rimarrà estinta la ipoteca costituita da Paolo fideiussore sopra i fondi A e B? Potranno i creditori ipotecari inscritti sui detti fondi respingere Caio, allegando l'estinzione della ipoteca di lui in forza della confusione avvenuta nella persona del fideiussore Paolo, confusione che spense la obbligazione assunta dallo stesso Paolo qual mallevadore di Tizio? Un tal dubbio è deciso nella L. 38, § ult. D. *De solutionibus* (2). Questa Legge suppone in primo luogo che un fideius-

(1) Voet, lib. 46, tit. 3, n. 20.

(2) « Qui pro te apud Titium fidejusserat, pignus in suam obligationem dedit; post idem heredem te instituit; quamvis ex fidejussoria causa

sore abbia dato a garanzia dell'assunta malleveria un pegno al creditore, e che il debitore sia divenuto poscia erede del fideiussore, e decide che, sebbene sia rimasta estinta la obbligazione del fideiussore, dura però sempre il vincolo del pegno. Suppone in secondo luogo che il fideiussore invece di un pegno abbia indotto a garanzia della mallevadoria un secondo fideiussore, e dichiara che il secondo fideiussore resta liberato, avendo la confusione estinta la obbligazione del fideiussore primo. Per qual ragione Africano tiene sciolta la obbligazione del secondo fideiussore, ed al contrario decide dovere restar fermo il vincolo del pegno dato dal fideiussore, di cui restò estinta per confusione la obbligazione? Il Voet dice che non potendo la stessa persona essere ad un tempo e debitore e fideiussore per lo stesso debito a favore dello stesso creditore, la obbligazione personale del fideiussore necessariamente si spegne, e che per conseguenza svanir deve altresì la obbligazione del secondo fideiussore, come quella verso la quale la obbligazione del primo fideiussore veste il carattere di obbligazione principale. Afferma poi che il vincolo del pegno radicandosi sulla cosa deve accompagnare la cosa stessa anche dopo che, in forza della eredità del fideiussore deferita al debitore, è divenuto questi proprietario del pegno, nulla ostando ed essendo anzi cosa naturale che le cose del debitore sieno vincolate a garanzia del creditore (1). Non mi pare che la spiega-

non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit: at si idem alium fidejussorem dederit, atque ita heredem te instituerit: rectius existimari ait, sublata obligatione ejus, pro quo fidejussum sit, eum quoque, qui fidejusserit, liberari. » (L. 38, § 5, D. *De solutionibus*.)

(1) « Quod si fidejussor rursus pro se secundum dederit fidejussorem, et dein debitori succedat, vel ipsi debitor, non modo primi, sed et secundi fidejussoris obligatio fidejussoria confusione exstinguitur; quia sublata obligatione ejus, pro quo fidejussit, eum quoque, qui fidejusserit, liberari necesse est. Contra quam placuit, si fidejussor in suam obligationem pignus dederit, et postea debitorem heredem habeat: quamvis enim tunc debitor ex fidejussoria causa non amplius teneatur, nihilominus tamen pignus obligatum manet. Hæc ita tam varie, quia obligatio principalis et fidejussoria non potest simul in una persona consistere, dum ineptum est, ut idem pro se ipso fidejussor sit; cui consequens erat, secundi quoque fidejussoris obligationem personalem peremtam esse, quia sine principali consistere non poterat; principalis autem obligatio respectu secundi fidejussoris erat obligatio fidejussoris primi. At, cum fidejussor rem suam cre-

zione del Voet sciolga la difficoltà. E infatti è vero che il vincolo del pegno è reale, e che perciò deve seguire la cosa su cui fu imposto, chiunque della cosa stessa divenga il proprietario. Vero si è altresì che non può fare ostacolo alla durata del pegno costituito dal fideiussore la proprietà acquistatane dal debitore principale chiamato alla successione dello stesso fideiussore. Ma ciò che dopo l'avvenuta confusione pare inconciliabile colla durata del pegno è la estinzione della obbligazione del fideiussore, che ne era l'appoggio e il fondamento. Qui sta tutta la difficoltà, e il Voet lungi dallo scioglierla confessa esser questo uno dei casi in cui il Diritto Romano tiene vivo il gius di pegno anche dopo la morte della obbligazione principale (1). Sebbene sia infinita la venerazione in che tengo i responsi dei Romani Giureconsulti, non posso questa volta acquietarmi alla decisione di Africano, perchè non mi pare giustificata la differenza che egli fa tra il caso del pegno dato dal fideiussore e quello del fideiussore secondo indotto dal fideiussore primo. Quando il debitore diviene erede del fideiussore, rimane estinta o, per dir meglio, assorbita la obbligazione dello stesso fideiussore. Se dopo questa estinzione, giusta la opinione di Africano, rimane spenta la obbligazione del fideiussore secondo, non vedo perchè non debba altresì restare sciolto il pegno dato dal primo fideiussore, perchè tanto la obbligazione del pegno, quanto quella del fideiussore secondo, sono accessorie alla obbligazione del primo fideiussore, la quale rispetto al pegno e al fideiussore secondo veste il carattere di ob-

ditori pignori obligat, rem ipsam afficit jure reali pignoris, quod rem comitatur, ad quemcumque illa devenerit, nec perimitur vinculum illud ex eo, quod res obligata ad debitorem pervenerit, quia nihil vetat, et personam debitoris et res ejus pro eodem debito apud eumdem creditorem obligatas esse, sed potius illud quotidianum est; adeoque nulla necessitas erat, ut confusione tolleretur jus reale pignoris, dum ex successione debitor dominium pignoris nanciscebatur. » (Voet, lib. 46, tit. 3, n. 20.)

(1) « Si dicas, sublatam tamen fuisse obligationem fidejussoriam, pro qua pignus a fidejussore constitutum fuerat, nec sine principali obligatione pignus esse posse: responderi potest, esse tamen casus quosdam, in quibus actione personali summota vinculum pignoris adhuc perdurat, inter quos et hic numerari debet, quia sola juris civilis subtilitate hic obligatio fidejussoria confunditur ex ratione tali, quæ in pignus non quadrat, dum quisque pro se pignus dare potest, pro se fidejussor esse nequit. » (Voet, lib. 46, tit. 3, n. 20.)

bligazione principale. La stessa causa, che secondo Africano estingue la obbligazione del fideiussore secondo, scioglier dovrebbe il vincolo del pegno, il quale, al pari della fideiussione seconda, ha per fondamento la obbligazione del primo fideiussore. Ma qualunque sia la decisione di Africano, io credo che non ostante la confusione, la quale avviene quando il debitore è erede del fideiussore o viceversa, le ipoteche costituite dal fideiussore, e parimenti la obbligazione del secondo fideiussore indotto dal primo, debbano restar ferme e vive a garanzia del creditore. E infatti, nel caso di cui ora discorro, la confusione, come più sopra ho avvertito, non estingue propriamente la obbligazione del fideiussore, ma piuttosto fa sì che questa sia assorbita dalla obbligazione del debitor principale. Ciò posto, l'equità ed anzi la rigorosa giustizia vuole che il creditore, la cui condizione non soffre alcuna alterazione o modificazione, non abbia a perdere alcuno dei diritti che a garanzia del suo credito gli competevano prima della confusione avvenuta delle due obbligazioni del debitor principale e del suo fideiussore. Sarebbe in vero cosa dura, per non dire iniqua, che il creditore estraneo alle vicende della eredità del debitore deferita al fideiussore, o del fideiussore deferita al debitore, dovesse perdere il diritto dell'ipoteca costituita dal fideiussore, o la garanzia personale assunta da un secondo fideiussore indotto dal primo; per ciò solo che le due obbligazioni del debitore e del primo fideiussore si unificano e si confondono, per ciò solo che le due distinte persone del debitore e del suo fideiussore s'immedesimano in una sola persona!

Se uno dei debitori solidali diviene erede del creditore, o viceversa il creditore diviene erede di uno dei debitori solidali, ha luogo certamente la confusione; ma questa non estingue il debito, perchè più essendo i debitori, tolta di mezzo la persona di uno di questi, il credito resta vivo contro gli altri (1). Ma rimarrà vivo per intero contro gli altri debitori solidali? La L. 71, D. *De fidejussoribus* decide che competerà al creditore l'azione *in solidum* contro gli altri debitori, se non vi è società tra loro, o per la quota virile soltanto, se sono soci. Ogni difficoltà è tolta su questo punto dall'articolo 1209 del Codice Napoleone, il quale dichiara che quando uno dei debitori divenga

(1) Pothier, *Des Obligations*, n. 645.

erede unico del creditore, o quando il creditore divenga l' unico erede d' uno dei debitori, la confusione non estingue il credito solidario che per la quota e porzione del debitore o del creditore. E a questa disposizione s' accorda quella dell' articolo 1301, la quale stabilisce nell'ultima parte che la confusione, la quale ha luogo nella persona del creditore, non giova a' suoi condebitori solidari se non per la porzione di cui era debitore. Vuolsi però tenere per fermo che, sebbene gli altri debitori solidari rimangano obbligati, non ostante la confusione che si è operata in forza dell'eredità di uno dei debitori solidari deferita al creditore, o viceversa della eredità del creditore deferita ad uno dei debitori solidari, tutte le ipoteche o mallevadorie date da quel debitore solidario, la cui obbligazione svanisce in forza della confusione, cessano necessariamente e si spengono, come quelle che essendo attaccate come obbligazioni accessorie ad una obbligazione che in forza della confusione rimane spenta, non possono più reggersi in vita, venendo meno l' appoggio che le sosteneva (1).

1146. Anche la perdita della cosa è uno dei modi, onde si sciolgono le obbligazioni, le quali non possono più rimaner vive, quando perisce la cosa che ne era il soggetto (2). E siccome una cosa posta fuori di commercio si ha per morta (3), così le obbligazioni svaniscono altresì quando la cosa che ne era il soggetto viene messa fuori di commercio (4). Parimenti, quando una cosa si è perduta in modo che se ne ignori assolutamente l' esistenza, si tiene come perita, e però anche in questo caso rimane sciolta la obbligazione del debitore (5). Ma perchè la perenzione o perdita della cosa estingua la obbligazione, è mestieri in primo luogo che la cosa fosse dovuta in ispecie (6). La obbligazione alternativa però, se una delle due cose promesse perisce e non può più essere

(1) « Si unus ex pluribus debendi reis creditori heres sit, vel creditor uni ex pluribus debendi reis, vel unus ex pluribus credendi reis debitori, non exstinguitur his in casibus ex confusione obligatio, sed tantum persona obligationi eximitur, una cum accessoriis istius personæ obligationibus. » (Voet, lib. 46, tit. 3, n. 22.)

(2) L. 33, D. *De verb. obligationibus*.

(3) L. 46, pr. D. *De furtis*.

(4) L. 51, e L. 83, § 5, D. *De verb. obligationibus*. — L. 92, pr. D. *De solutionibus*.

(5) Pothier, *Des Obligations*, n. 656.

(6) LL. 33, 37, 88, 49, § 3, D. *De verb. obligationibus*.

consegnata, non si scioglie, ma diviene pura e semplice, potendo il debitore soddisfare alla obbligazione coll' altra cosa che rimane (1). La perenzione della cosa, quando il debito è di quantità, non iscioglie la obbligazione (2). È necessario in secondo luogo che la cosa sia perita senza colpa del debitore, perchè altrimenti la obbligazione non si scioglie, e il debitore è tenuto a pagare il prezzo della cosa (3). Allorchè la cosa è perita, posta fuori di commercio, o smarrita senza colpa del debitore, è questi tenuto soltanto a cedere al suo creditore i diritti e le azioni d'indennità, se alcuna gliene compete riguardo alla medesima (4). È necessario in terzo luogo che il debitore non sia in mora, perchè altrimenti la perenzione della cosa, comecchè avvenuta senza sua colpa, non lo scioglie della obbligazione (5). Ma anche quando il debitore sia in mora e non abbia assunto in sè stesso il pericolo dei casi fortuiti, si estingue la obbligazione, se la cosa sarebbe egualmente perita presso il creditore in caso che gli fosse stata già consegnata (6). In qualunque modo però sia perita o siasi smarrita una cosa rubata, la di lei perdita non dispensa mai colui che l' ha sottratta dalla restituzione del valore (7). In tutti quei casi in cui la perdita della cosa scioglie la obbligazione del debitore, non possono non rimanere estinti i privilegi e le ipoteche che la garantivano.

1147. Colla dichiarazione di nullità o colla rescissione si sciolgono pure le obbligazioni. Quattro condizioni sono essenziali alla validità di una convenzione: il consenso di colui che si obbliga; la capacità di contrattare; un oggetto determinato che formi il soggetto della convenzione; una causa lecita per obbligarsi (8). La mancanza di alcuna delle dette condizioni rende nullo il con-

(1) Art. 1193. — Pothier, *Des Obligations*, n. 657.

(2) L. 11, C. *Si cert. petatur*. — Pothier, *Des Obligations*, n. 658.

(3) Art. 1302. — Pothier, *Des Obligations*, n. 662. — L. 51, D. *De verb. obligationibus*. — Voet, lib. 45, tit. 1, n. 24.

(4) Art. 1303.

(5) L. 23, e L. 82, § 1, D. *De verb. obligationibus*.

(6) L. 14, § 1, D. *Depositi*. — L. 12, § 4, D. *Ad exhibendum*. — L. 15, § fin. D. *De rei vindicatione*. — Pothier, *Des Obligations*, n. 664.

(7) Art. 1302. — L. fin. D. *De cond. furtiva*. — L. 19, D. *De vi et vi armata*.

(8) Art. 1108.

tratto, e dà luogo ad agire per la nullità. Anche la lesione vizia le convenzioni, e dà diritto di intentare l'azione di rescissione, ma ciò soltanto in alcuni determinati contratti o riguardo a determinate persone (1). Quando pertanto una convenzione o è dichiarata nulla dal competente Tribunale, o viene rescissa per causa di lesione, cadono necessariamente tutte le ipoteche che ne assicuravano l'adempimento, per la ragione più volte ripetuta che la obbligazione accessoria non può avere maggior forza della principale.

1148. Per effetto altresì della condizione risolutiva le obbligazioni si estinguono. La condizione risolutiva è quella che verificandosi produce la revoca della obbligazione, e rimette le cose nel medesimo stato come se la obbligazione non avesse mai avuto luogo (2). Secondo il Codice Napoleone la condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti sinallagmatici nel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione. Ma in questo caso il contratto non è sciolto *ipso jure*, e la risoluzione della convenzione deve domandarsi giudizialmente dalla parte, verso cui non fu eseguita la obbligazione, la quale ha la scelta o di costringere l'altra parte all'adempimento della convenzione quando ciò sia possibile, o di domandarne lo scioglimento unitamente ai danni ed interessi (3). Ma avvenga la risoluzione della obbligazione per forza di una condizione risolutiva espressa, oppure per virtù di una condizione risolutiva sottintesa, accada *ipso jure*, o in forza di una sentenza proferita dal competente Tribunale, è certo che la risoluzione della obbligazione trae con sè necessariamente lo scioglimento dei privilegi e delle ipoteche, onde la obbligazione stessa era garantita.

1149. Finalmente le obbligazioni si estinguono colla prescrizione. Dopo che Giustiniano della usucapione e della prescrizione formò un solo rimedio (4), la prescrizione romana, la quale era di lungo o di lunghissimo tempo, vestì un doppio carattere, divenne cioè e un modo di acquistare il dominio, ed anche un rimedio estintivo delle azioni. Questo doppio carattere fu conservato alla prescrizione dal Codice Napoleone, il quale la definisce:

(1) Art. 1118.
(2) Art. 1183. — Pothier, *Des Obligations*, n. 224.
(3) Art. 1184.
(4) L. un. C. *De usucap. transformanda*.

« un mezzo per acquistare un diritto o per essere liberato da un' obbligazione, mediante il decorso d' un determinato tempo, e sotto le condizioni stabilite dalla legge (1). » Dalla quale definizione chiaramente apparisce che la prescrizione è non solo un mezzo per acquistare un diritto, ma anche un rimedio onde il debitore ottiene la liberazione del proprio debito. La prescrizione considerata sotto quest' ultimo aspetto non è che una pena inflitta dalla legge alla negligenza del creditore, che non si curò d' intentare l' azione del suo credito entro il tempo a tal uopo stabilito (2), e prescinde perciò dal giusto titolo e dalla buona fede. Per Diritto Romano le azioni personali derivanti dalle obbligazioni si prescrivono col termine di 30 anni, passati i quali non è più lecito al creditore di molestare efficacemente il proprio debitore e chiedergli il pagamento del debito (3). Lo stesso termine è stato ritenuto dal Codice Napoleone, il quale dichiara nell' articolo 2262 che tutte le azioni, tanto reali che personali, si prescrivono col decorso di 30 anni, senza che quegli che allega questa prescrizione sia tenuto ad esibirne un titolo, o senza che gli si possa opporre l' eccezione derivante da mala fede. Si prescrivono però col termine più breve di sei mesi, di un anno, di due anni, di cinque anni alcune particolari azioni espressamente contemplate negli articoli 2271, 2272, 2273, 2276 e 2277. La prescrizione dei 30 anni non estingueva per Diritto Romano *ipso jure* la obbligazione del debitore; ma questi però non ne era meno liberato, perchè l' azione del creditore intentata dopo i 30 anni era respinta colla eccezione perentoria della prescrizione (4). Che anzi tanto è vero che il Diritto Romano scioglieva dal debito il debitore col mezzo della prescrizione, che negava persino qualunque forza ed appoggio alla obbligazione naturale che dopo la prescrizione legava la coscienza dello stesso debitore civilmente liberato (5). Non sono diversi gli effetti derivanti dalla prescrizione del Codice Napoleone, il quale pone la prescrizione tra i modi, onde si estinguono le obbligazioni (6). Rimanendo estinta

(1) Art. 2219.
(2) Pothier, *Des Obligations*, n. 678 e 679.
(3) L. 3, C. *De præscrip.* 30 *vel* 40 *annorum*.
(4) Pothier, *Des Obligations*, n. 689.
(5) Voet, lib. 44, tit. 3, n. 10. — L. 37, D. *De fidejussoribus*.
(6) Art. 1234.

colla prescrizione dei 30 anni la obbligazione del debitore, restano sciolti necessariamente per la ragione più volte detta i privilegi e le ipoteche che la garantivano. Eppure, mentre l' azione personale contro il debitore si prescriveva col termine dei 30 anni, l' azione ipotecaria, rispetto ai beni posseduti dallo stesso debitore, per la disposizione della L. 7, § 1, C. *De præscrip.* 30 *vel* 40 *annorum,* col termine soltanto si prescriveva di 40 anni. Da ciò nasceva l'inesplicabile anomalia, che l'azione ipotecaria prescrittibile col termine dei 40 anni poteva sopravvivere all' azione personale colpita dalla più breve prescrizione dei 30 anni. E sebbene il Brunnemanno per ispiegare una tale stravaganza del legislatore dica che all'azione ipotecaria basta l'appoggio e il fondamento della obbligazione naturale, la quale non può sciogliersi col rimedio civile della prescrizione (1); ripugna a parer mio che la legge, la quale rende inefficace colla prescrizione dei 30 anni la obbligazione del debitore in pena della negligenza e trascuraggine del creditore, accordi poi una più lunga vita all' azione ipotecaria, la quale non ha altro scopo che di assicurare allo stesso creditore il pagamento del suo credito. Non vuolsi però tacere che secondo la opinione del Voet la L. 7, § 1, C. *De præscrip.* 30 *vel* 40 *annorum,* prolungando sino a 40 anni il termine della prescrizione dell'azione ipotecaria, suppone il caso di un'azione personale dedotta in giudizio; che la prescrizione dei 40 anni, stabilita da Giustiniano colla L. ult. C. *De præscrip.* 30 *vel* 40 *annorum* per le azioni dedotte in giudizio, venne dallo stesso Giustiniano abrogata colla L. 13, C. *De judiciis;* che in forza di questa L. 13, C. *De judiciis* le azioni promosse in giudizio non potendo più prescriversi col lungo termine dei 40 anni, rimase necessariamente abrogata la citata L. 7, § 1, C. *De præscrip.* 30 *vel* 40 *annorum,* la quale assegnava all' azione ipotecaria la prescrizione dei 40 anni; e che in grazia di questa abrogazione restò applicabile all' azione ipotecaria la prescrizione dei 30 anni, e così cessò l' inconveniente che l' azione ipotecaria potesse avere una vita più lunga di quella dell' azione personale (2). Io credo più ingegnosa che giusta l' in-

(1) Brunnemannus ad L. 7, C. lib. 7, tit. 39, § 1, n. 7.

(2) « Sed jure posteriore Romano duravit hæc actio hypothecaria creditori annis quadraginta . . . . . Quæ ita obtinebant, præsupposito, quod principalis obligatio annis quadraginta durat, dum forte in judicium deducta est: . . . . . Sed cum novissima Justiniani lege 13, C. *De judiciis*

terpretazione del Voet. E infatti, dato anche che la L. 13, C. *De judiciis* abbia abrogata la disposizione della L. ult. C. *De præscrip.* 30 *vel* 40 *annorum*, nessuna modificazione potè portare alla massima stabilita dalla L. 7, § 1, C. *De præscrip.* 30 *vel* 40 *annorum*, riguardante la prescrizione dell'azione ipotecaria, perchè questa Legge regola in modo assoluto la prescrizione dell'azione ipotecaria senza alcun riguardo all'azione personale, sia o no quest'ultima dedotta in giudizio. Ad ogni modo l'anomalia inesplicabile, a cui dava luogo la citata L. 7, § 1, C. *De præscrip.* 30 *vel* 40 *annorum*, fu tolta dalla sapienza del Codice Napoleone, il quale disponendo coll'articolo 2262 che tutte le azioni, *tanto reali che personali*, si prescrivono col termine di trent'anni, assoggettò a questa prescrizione dei 30 anni tanto l'azione personale del credito, quanto la reale ipotecaria (1). Tengasi dunque per inconcusso il principio non mai smentito dal Codice Napoleone, che quando la obbligazione principale rimane estinta in forza della prescrizione, si spengono altresì e si sciolgono i privilegi tutti e le ipoteche che la stessa obbligazione garantivano. Perciò, sebbene ai crediti contemplati negli articoli 2271, 2272, 2273, 2276, 2277 sia assegnata una prescrizione di corto termine, invano il creditore invocherebbe il sussidio della prescrizione dei 30 anni stabilita dal già citato articolo 2262 per far valere l'azione reale derivante dai privilegi e dalle ipoteche, onde i detti crediti possono essere garantiti e protetti. L'azione reale ipotecaria è sempre subordinata alla esistenza della obbligazione personale, che ne è il fondamento, e quando questa rimane estinta, qualunque sia della sua morte la causa, anche l'azione ipotecaria necessariamente e inevitabilmente si scioglie e si estingue.

1150. Finora si è parlato della estinzione dei privilegi e delle ipoteche derivante dallo scioglimento della obbligazione principale. Accade avvertire che questo modo di estinzione è comune alle ipoteche ed ai privilegi tutti di qualunque natura e specie. Imperocchè i privilegi, non meno delle ipoteche, o colpiscano i

dispositionem dictæ legis ultimæ C. *De præscrip.* 30 *vel* 40 *annorum* mutatam esse plenius adstruxerim tit. *De judiciis* n. 55, dicendum videtur, regulariter actionem hypothecariam, tamquam accessoriam, non ultra vitam actionis principalis produci. » (Voet, lib. 20, tit. 4, n. 9.) — Voet, lib. 44, tit 3, n. 6 in fine.

(1) Troplong, art. 2180, n. 875, 876, 877.

beni mobili, o siano costituiti sui beni immobili, o siano generali, oppur speciali, sono sempre vincoli accessorj destinati alla garanzia di una obbligazione, alla quale non possono mai sopravvivere.

1151. Il secondo modo onde i privilegi e le ipoteche si sciolgono è la rinuncia del creditore alla ipoteca. La remissione volontaria del debito fatta dal creditore estingue, come si disse, il debito stesso, e con esso i privilegi e le ipoteche che ne assicuravano il pagamento. Ma il creditore può rinunziare al suo privilegio od alla sua ipoteca senza rinunziare al suo credito, potendo sussistere la obbligazione principale senza il sussidio delle obbligazioni accessorie. Questa rinunzia al diritto di pegno per Diritto Romano può essere espressa o tacita (1). Che anzi, siccome il patto della ipoteca era *legittimo,* e dava perciò l'azione ipotecaria, non ostante che i patti nudi non attribuissero mai azione, ma una semplice eccezione; così anche il semplice patto, onde il creditore rinunziava al gius d'ipoteca, estingueva *ipso jure* il costituito diritto e la relativa azione ipotecaria (2). Il qual patto era *reale* e stipulato col debitore giovava a qualunque successore (3). Un esempio di tacita rinuncia al diritto di pegno si ha nella L. 1, § 1, D. *De liber. legata,* la quale deduce la volontà del creditore di rinunziare al pegno dal legato fatto dallo stesso creditore al debitore della cosa data in pegno. Si ha un altro esempio nella L. 7, C. *De rem. pignoris*, la quale stabilisce avere il creditore rinunziato al pegno quando restituisce al debitore il documento, onde il pegno fu costituito. La remissione del pegno o dell'ipoteca l'argomentavano i Romani principalmente dall'assenso dato dal creditore alla alienazione fatta dal debitore della cosa data in pegno (4). Il quale assenso però non importava la rinunzia al diritto di pegno, quando era stato dato colla espressa riserva fatta dal creditore di voler salvi i propri diritti (5), o col-

(1) Voet, lib. 20, tit. 6, n. 5.

(2) Voet, lib. 2, tit. 14, n. 3.

(3) L. 8, § 1, D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur.*

(4) « Creditor, qui permittit rem venire, pignus dimittit. » (L. 158, D. *De div. reg. Juris.*) — L. 4, § 1, e L. 7 pr. D. *Quib mod. pignus vel hyp. solvitur.* — L. 2, C. *De remiss. pignoris.*

(5) « Nisi *salva causa pignoris sui* consensit vel venditioni, vel cæteris: nam solent multi *salva causa pignoris sui* consentire. » (L. 4, § 1, D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur.*)

la espressa condizione di essere pagato del proprio credito col prezzo del fondo (1), o da persona non avente la capacità di alienare i beni propri, e ciò perchè la rinunzia ad un diritto di pegno si risolve in sostanza in un atto di alienazione (2). Giova poi l'avvertire che le Leggi Romane, le quali desumevano la rinunzia del creditore al diritto di pegno dall'assenso dato all'alienazione della cosa data in pegno, davano alla parola *alienazione* la più larga interpretazione, e quindi anche quando il creditore permetteva che la cosa a lui data in pegno fosse lasciata dal debitore in legato a favore di alcuno deducevano da un tale assenso la rinunzia al diritto di pegno (3). Non era duopo per altro che l'assenso fosse dato prima o nell'atto della alienazione, ma bastava anche la posteriore ratifica della alienazione della cosa ipotecata (4). Che anzi neppure era necessario un consenso espresso anteriore o posteriore all'alienazione, ma la rinunzia al diritto di pegno si desumeva altresì dal consenso tacito prestato alla stessa alienazione dal creditore per mezzo di qualche fatto (5). Al semplice silenzio però del creditore, che non si oppose alla vendita da lui conosciuta della cosa ipotecata a sua garanzia, non davano le Leggi Romane alcun valore, presumendo giustamente che il creditore avesse taciuto appunto perchè si teneva sicuro del suo diritto, che essendo reale non poteva colla alienazione rimanere sciolto (6). In due casi però le Leggi Romane dalla semplice scienza e dal silenzio del creditore argomentavano l'assenso di lui all'alienazione e quindi la rinunzia al diritto d'ipoteca: 1° quando i creditori presenti erano con pubblico proclama avvisati della alienazione della cosa ipotecata a loro garan-

(1) « Sed et si ipse vendiderit creditor, si tamen venditionem fecit, *ne discederet a pignore, nisi ei satisfaciat:* dicendum erit, exceptionem ei non nocere. » (L. 4, § 1, D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur.*)

(2) L. 7, pr. D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur.*

(3) L. 8, § 11, D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur.*

(4) L. 4, § 1, D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur.*

(5) « Sed si subscripserit forte in tabulis emtionis, consensisse videtur: nisi manifeste appareat deceptum esse. » (L. 8, § 15, D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur.*)

(6) « Non videtur autem consensisse creditor, si sciente eo debitor rem vendiderit: cum ideo passus est venire, quod sciebat, ubique pignus sibi durare. » (L. 8, § 15, D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur.*)

zia (1); 2° quando il Fisco vendeva mediante la pubblica asta i beni ipotecati (2). Ma perchè il consenso dato dal creditore alla alienazione della cosa ipotecata valga la rinunzia dello stesso creditore al suo gius di pegno o d'ipoteca, è mestieri per Diritto Romano che l'alienazione abbia avuto il suo effetto, mancando il quale il creditore conserva integro e pieno il suo diritto (3). E quando il contratto di alienazione ha ottenuto il suo effetto, ossia quando è stato perfezionato in modo definitivo tra il debitore alienante e l'alienatario, subito rimane sciolto il diritto di pegno del creditore che diede il suo assenso alla alienazione, anche prima che il contratto stesso già perfetto abbia ottenuta dalle parti la sua esecuzione (4). È necessario inoltre affinchè l'assenso dato all'alienazione estingua il pegno del creditore, che il contratto di alienazione sia stato fatto dal debitore entro il termine e sotto le condizioni apposte dallo stesso creditore che diede alla alienazione il suo assenso (5). È duopo altresì che l'alienazione fatta dal debitore sia valida (6), e non sia simulata (7), perchè

(1) « Si eo tempore, quo prædium distrahebatur, programmate admoniti creditores cum præsentes essent, jus suum executi non sunt: possunt videri obligationem pignoris amisisse. » (L. 6. D. *De rem. pignoris.*)

(2) « Si hypothecas Fisco distrahente, creditores silentio tradiderunt negotium: palam est etiam actionem suam amisisse eos quam in rem habebant: nam fiscalis hastæ fides facile convelli non debet. » (L. 8, C. *De rem. pignoris.*)

(3) « Si voluntate creditoris fundus alienatus est, inverecunde applicari sibi eum creditor desiderat: si tamen effectus sit secutus venditionis. » (L. 8, § 6, D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur.*)

(4) « Si debitor vendiderit rem, nec tradiderit, an non repellatur creditor, quasi adhuc res in bonis sit debitoris: an vero cum teneatur ex emto, pignus extinguatur? Quod et magis est. » (L. 8, § 12, D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur.*)

(5) « Quod si concesserit *decem vendere*, ille quinque vendiderit, dicendum est, non esse repellendum creditorem..... Sed si intra annum, aut biennium consenserit creditor vendere, post hoc tempus vendendo, non aufert pignus creditori. » (L. 8, §§ 14 e 18, D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur.*)

(6) « Belle quæritur, si forte venditio rei specialiter obligatæ non valeat, an nocere hæc res creditori debeat quod consensit: ut puta, si qua ratio juris venditionem impediat? Dicendum est, pignus valere. » (L. 4, § 2, D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur.*)

(7) « Verumtamen, cum pecunia soluta non sit, doli mali suspicio inerit, translata ad præsens tempus, ut possit creditor replicationem doli mali objicere. » (L. 8, § 7, D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur.*)

altrimenti il creditore, non ostante l'assenso dato, conserva integro il suo diritto di pegno. E quando l'alienazione fatta dal debitore coll'assenso del creditore è bensì valida e perfetta, ma viene rescissa, allora anche il diritto spento del creditore rivive (1), venendo colla rescissione della alienazione a mancare la causa onde fu mossa la rinunzia del creditore. Che se l'alienazione non viene rescissa, ma per qualche nuovo titolo il debitore riacquista il dominio della cosa alienata, in questo caso il diritto spento del creditore, che dando l'assenso all'alienazione rinunziò alla sua ipoteca, non può più rivivere. Questo punto non poteva esser dubbio quando si trattava di una ipoteca speciale costituita sul fondo che venne alienato coll'assenso del creditore. Imperocchè, se il debitore per un titolo nuovo diveniva un'altra volta padrone del fondo alienato, l'acquistato dominio non poteva in alcun modo aver forza di richiamare in vita la primitiva ipoteca, alla quale il creditore aveva in modo assoluto ed irrevocabile rinunziato dando il suo assenso alla alienazione che già ottenne il pieno suo effetto. Ma nasceva il dubbio, se l'ipoteca riviver poteva, quando era generale sopra tutti i beni presenti e futuri del debitore. Ritornando al debitore la proprietà del fondo alienato col consenso del creditore, molti giureconsulti sostenevano che questo fondo doveva rimanere colpito dalla ipoteca generale spettante al creditore sopra tutti i beni presenti e futuri del debitore. E questo dubbio fu deciso da Giustiniano colla L. 11, C. *De remis. pignoris* (2), colla quale fu stabilito che il diritto d'ipoteca,

(1) «Voluntate creditoris pignus debitor vendidit: et postea placuit inter eum et emtorem, *ut a venditione discederent*. Jus pignorum salvum erit creditori: nam sicut debitori, ita et creditori pristinum jus restituitur.» (L. 10, pr. D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur.*)

(2) « Solita providentia utimur etiam de pignoribus, vel hypothecis rerum, quæ quibusdam creditoribus suppositæ, postea a debitoribus venduntur, vel alio modo transferuntur, creditore suum consensum contractui præbente: et quodam legitimo postea modo res ad priorem dominum revertuntur. In hoc etenim casu diversæ sententiæ a legum prudentibus habitæ sunt, quibusdam dicentibus jus pignoris creditori renovari, propter verbum *futurarum rerum*, quod in generalibus hypothecis poni solitum est: aliis penitus extingui. Nobis autem visum est, eum, qui semel consensit alienationi hypothecæ, et hoc modo jus suum respuit, indignum esse eamdem rem, utpote ab initio ei suppositam, vindicare, vel tenentem inquietare.» (L. 11, C. *De rem. pignoris.*)

a cui aveva rinunziato il creditore permettendo l' alienazione del fondo ipotecato, non potesse mai più rivivere sul fondo stesso, sebbene il debitore per un nuovo titolo riacquistasse la proprietà della cosa alienata, e l' ipoteca del creditore fosse generale sopra tutti i beni presenti e futuri del debitore. A dir vero la decisione di Giustiniano non mi par buona, e mi sembra piuttosto l' esagerazione di un giusto principio. Ha certamente ragione Giustiniano di dire non esser degno il creditore, che volontariamente ripudiò il suo diritto d' ipoteca, di far valere questo medesimo diritto sulla stessa cosa già da lui liberata. Ma quando il debitore ricupera per un titolo nuovo il fondo alienato, questo rimaner deve necessariamente colpito dalla ipoteca del creditore, per la ragione che una tale ipoteca essendo generale si estende a tutti i beni presenti e futuri del debitore, qualunque sia la loro provenienza. Giustiniano colla sua decisione violò i diritti del creditore avente ipoteca generale sui beni del debitore, perchè questa, radicandosi *ipso jure* sui beni tutti che il debitore va acquistando, qualunque sia la causa e il titolo dell' acquisto, qualunque sia dei beni la origine primitiva, deve per giustizia colpire il fondo già alienato dal debitore, qualunque volta questi per una causa nuova e indipendente dal contratto della già fatta alienazione ne acquista di bel nuovo la proprietà. In somma non rivive propriamente l' ipoteca del creditore sul fondo ricuperato dal debitore, ma questa per essere generale si radica immediatamente sullo stesso fondo per la sola ragione che ne ha il debitore acquistata la proprietà, senza alcun riguardo ai diritti di dominio che prima gli competevano.

Per Diritto Romano il creditore non solo rinunzia tacitamente al diritto di pegno, quando dà il suo assenso alla alienazione della cosa obbligata, ma altresì quando permette che il debitore ipotechi la stessa cosa a favore di un altro creditore (1), essendo anche la costituzione dell'ipoteca una specie di alienazione. Furono imposte, p. e., da Tizio sul fondo A due ipoteche, la prima a favore di Paolo, la seconda a favore di Caio. Paolo

(1) « Paulus respondit, Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, cum debitor eamdem rem tertio creditori obligaret, jus suum pignori remisisse videri: non etiam tertium in locum ejus successisse: et ideo medii creditoris meliorem causam effectam. » (L. 12, pr. D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur.*)

primo creditore acconsente che Tizio debitor suo ipotechi lo stesso fondo A a favore di Sempronio. Col dato consenso Paolo rinunzia alla sua ipoteca, la quale rimane perciò estinta. E questa estinzione giova altresì al secondo creditore Caio, la cui ipoteca, scomparendo quella di Paolo, ottiene il primo posto. Marciano però dice essere questione di fatto, se il primo creditore dando il suo assenso alla ipoteca costituita dal debitore a favore di un secondo creditore, abbia rinunziato estintivamente al suo diritto d'ipoteca, o semplicemente acconsentito di essere pagato posteriormente al secondo creditore (1). Questa Legge per altro non distrugge il principio che l'assenso dato dal creditore alla costituzione di una seconda ipoteca importa l'assoluta rinunzia per parte del creditore al suo diritto d'ipoteca. Imperocchè, sebbene il legislatore presuma la volontaria rinunzia del creditore dall'assenso dato alla costituzione di una nuova ipoteca, è però vero che dovendo ogni presunzione cedere al fatto, il modo e i termini, onde il creditore prestò il suo assenso, hanno ad essere pel Giudice un sicuro criterio atto a spiegare la vera intenzione del creditore. E come l'assenso dato tacitamente coi fatti all'alienazione del fondo ipotecato importa la rinunzia del creditore al suo diritto d'ipoteca coerentemente al principio che il consenso tacito ha egual forza dell'espresso, per la stessa ragione si deduce la rinunzia del creditore al diritto d'ipoteca dall'assenso dato da lui tacitamente alla costituzione di una nuova ipoteca (2).

1152. Colle massime qui brevemente esposte è regolato nel

(1) « Si tecum de hypotheca paciscatur debitor, deinde idem cum alio tua voluntate, secundus potior erit. Pecunia autem soluta secundo, an rursus teneatur tibi, recte quæritur? Erit autem facti quæstio agitanda, quid inter eos actum sit: utrum ut discedatur ab hypotheca in totum, cum prior concessit creditor alii obligari hypothecam: an ut ordo servetur, et prior creditor secundo loco constituatur. » (L. 12, § 4, D. *Qui potiores.*)

(2) « Titius Sejo pecuniam sub pignore fundi dederat: qui fundus cum esset Reipublicæ ante obligatus, secundus creditor pecuniam Reipublicæ eam solvit: sed Mævius exstitit, qui dicebat, ante Rempublicam sibi fundum obligatum fuisse: inveniebatur autem Mævius, instrumento cautionis cum Republica facto a Sejo, interfuisse, et subscripsisse, quo caverat Sejus, *fundum nulli alii esse obligatum.* Quæro, an actio aliqua in rem Mævio competere potest? Modestinus respondit, pignus, cui is, de quo quæritur, consensit, minime eum retinere posse. » (L. 9, § 1, D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur.*)

Corpo del Diritto Romano il punto importantissimo della rinunzia del creditore al diritto d'ipoteca. Il Codice Napoleone si limita a stabilire nell'articolo 2180 che i privilegi e le ipoteche si estinguono *con la rinuncia del creditore all' ipoteca*, ed a ragione lamenta il Persil che i Compilatori del detto Codice non abbiano con opportune norme e determinati principj fissato il modo e le condizioni necessarie ad una tale rinunzia (1). Come dovrà farsi adunque la detta rinunzia? La ipoteca moderna non è nella sostanza diversa dall' antica, i privilegi altro non sono che l'ipoteca romana privilegiata, e tanto i privilegi quanto le ipoteche sono anche oggi vincoli accessorj destinati alla garanzia delle obbligazioni. Ciò posto, nel silenzio del Codice Napoleone i principj inconcussi della romana giurisprudenza saranno anche oggi un sicuro criterio, al quale dovranno attenersi i giureconsulti nella materia non facile della rinuncia del creditore al diritto della ipoteca; e da questi soli principj furono inspirati appunto i più profondi Interpreti del Diritto Francese nel decidere le diverse questioni da essi discusse intorno a questo tema (2). La rinuncia espressa non può dar luogo a gravi difficoltà, ed è regolata dal principio che quelli soli possono rinunziare all' ipoteca o al privilegio, che hanno la libera amministrazione del proprio patrimonio e la facoltà di alienare i beni dall' ipoteca o dal privilegio gravati, essendo appunto l'ipoteca e il privilegio un vincolo reale che stringe i beni a garanzia del creditore (3). L' espressa rinuncia per essere efficace dovrà essere accettata dal debitore o da chi lo rappresenta? Il Troplong sostiene che questa rinunzia è un atto unilaterale che non ha bisogno di essere accettato (4). Io non divido questa opinione. La espressa rinunzia al diritto d' ipoteca, o viene fatta a fronte di un qualche corrispettivo, ed allora è un atto bilaterale o sinallagmatico, e deve perciò essere accettata: o viene fatta senza alcun corrispettivo, ed in questo caso veste il carattere di donazione, che deve

(1) Persil, art. 2180, n. 13.

(2) Persil, art. 2180, n. 14 al n. 27. — Troplong, art. 2180, n. 868 al n. 872.

(3) « Generale axioma est, quod cui non competat potestas donandi vel alienandi, illi etiam non competat potestas renunciandi. » (Strykius, vol. VII, disp. 22, cap. 7, n. 54.) — Persil, art. 2180, n. 14.

(4) Troplong, art. 2180, n. 868.

essere accettata da chi vi ha interesse (1). Nè si dica che l'assenso dato alla cancellazione di una inscrizione è regolare ed efficace senza bisogno di essere accettato da alcuno. Imperocchè, primieramente l'assenso dato alla cancellazione di una inscrizione non importa la rinunzia al diritto d'ipoteca, ma ad altro non mira che a spogliare la stessa ipoteca del materiale elemento della pubblicità. Dall'altra parte, come il creditore, cui compete un diritto d'ipoteca o di privilegio, può dare al medesimo senza bisogno dell'opera e dell'assenso del debitore la pubblicità voluta dalla legge; così lo stesso creditore che di per sè solo accese la inscrizione potrà anche tutto solo spegnerla ed annullarla.

1153. Più importante è la questione, se le tacite rinunzie al diritto di un privilegio o di una ipoteca sieno compatibili coi principj del Codice Napoleone. Il Persil (2), il Troplong (3), ed il profondo Zachariæ (4), ammettono la efficacia delle tacite rinunzie. Il Duranton al contrario pone in dubbio la compatibilità delle tacite rinunzie coi principj del Codice Napoleone (5). Una rinunzia ad un diritto di successione deve essere espressa. Espresso deve essere l'atto di conferma o ratifica di una obbligazione, contro la quale la legge ammette l'azione di nullità o di rescissione. L'usufruttuario conserva pienamente il suo diritto di usufrutto anche dopo la vendita della cosa soggetta all'usufrutto, se non vi ha formalmente rinunziato. Da queste massime del Codice Napoleone stabilite negli articoli 784, 1338 e 621 deduce il Duranton, che anche la rinunzia ad un diritto d'ipoteca deve essere espressa. Io non posso convenire col Duranton. Dall'articolo 621 tutt'al più può dedursi che la tacita rinunzia non può desumersi dal semplice assenso dato dal creditore alla vendita della cosa ipotecata. Altro è che le tacite rinunzie sieno assolutamente inconciliabili coi principj del Codice Napoleone, ed altro che non possano ammettersi in tutti quei casi, in cui erano efficaci secondo la romana giurisprudenza. Ora l'arti-

(1) « Renunciatio instar donationis est. » (Richeri, tom. I, § 215.) — Imperfecta et nondum acceptata quælibet renunciatio invalida est atque infirma. » (Strykius, vol. VII, disp. 24, cap. 6, § 4.)

(2) Persil, art. 2180, n. 15 e 16.

(3) Troplong, art. 2180, n. 868.

(4) Zachariæ, tome I, § 292.

(5) Duranton, tome XI, n. 301.

colo 1282 non dichiara che la volontaria consegna della scrittura originale dell'obbligo sotto firma privata fatta dal creditore al debitore costituisce la prova della liberazione? Non dichiara altresì l'articolo 1283 che la consegna volontaria della prima copia autentica in forma esecutoria della scrittura d'obbligo fa presumere, sebbene senza pregiudizio della prova in contrario, la remissione del debito o il pagamento? E se il Codice Napoleone ammette la tacita remissione del debito, si potrà sostenere col Duranton non essere coi principj del detto Codice conciliabile la tacita rinunzia del creditore al diritto d'ipoteca, mentre l'ipoteca non è che un vincolo accessorio onde il pagamento del debito è garantito? E dalla disposizione dell'articolo 1286, secondo la quale la restituzione del pegno non basta per far presumere la remissione del debito, non è lecito il dedurre che una tale restituzione è più che sufficiente per far presumere la semplice rinunzia del creditore alla garanzia del pegno? I citati articoli bastano a parer mio per escludere l'incompatibilità della tacita rinunzia ad un diritto d'ipoteca coi principj del Codice Napoleone. Ammessa in genere la efficacia della tacita rinunzia al diritto d'ipoteca, è una questione non più di diritto, ma di fatto quella che versa nell'esame dei diversi casi, nei quali può argomentarsi la intenzione del creditore di rinunziare al suo privilegio o alla sua ipoteca senza pregiudizio dell'azione personale. E tali questioni di fatto devono essere rimesse al prudente arbitrio dei magistrati, i quali allora solo giudicar potranno avere il creditore rinunziato al proprio diritto, quando l'eloquenza dei fatti palesi chiaramente e in modo non equivoco il ripudio fatto dallo stesso creditore del proprio diritto.

Ma siccome due fatti specialmente sono contemplati dalle Leggi Romane come indizi certi della tacita rinunzia del creditore al diritto di pegno: l'uno, l'assenso dato dal creditore all'alienazione della cosa ipotecata; l'altro, l'assenso dato dallo stesso creditore alla costituzione di una seconda ipoteca in favore di un altro creditore sul fondo già gravato (1); così mi par necessario l'indagare, se anche secondo i principj del Codice Napoleone i citati due fatti debbano aversi per una prova certa e sicura della tacita rinunzia del creditore alla sua ipoteca o al suo privilegio.

(1) Voet, lib. 20, tit. 6, n. 6. — Pothier, Pand., lib. 20, tit. 6, art. 2, n. 21, ed art. 3, n. 35.

Il Persil (1) ed il Troplong (2) sono d'accordo nell'insegnare, inspirati dalla luce delle Leggi Romane, che il consenso dato dal creditore all'alienazione del fondo ipotecato importa la rinunzia dello stesso creditore al diritto dell'ipoteca. I Commentatori dello Zachariæ non ammettono come massima generale ed assoluta che il detto assenso equivalga ad una rinunzia al diritto della ipoteca, ma subordinano una tale decisione alle circostanze particolari dei casi (3). Sebbene io non creda, come il Duranton, la tacita rinunzia al diritto d'ipoteca incompatibile coi principj del Codice Napoleone; tuttavia nel caso speciale dell'alienazione del fondo ipotecato fatta dal debitore coll'assenso del creditore, io m'attengo alla opinione del Duranton, e penso che dal semplice assenso dato dal creditore all'alienazione del fondo ipotecato non possa e non debba presumersi la rinuncia al diritto dell'ipoteca. Nè per questo credo di farmi ribelle alle massime della romana giurisprudenza, alle quali sono e sarò sempre riverente e devoto. La disposizione dell'articolo 621 del Codice Napoleone si oppone a parer mio all'applicazione del principio — *Creditor qui permittit rem venire, pignus dimittit* — stabilito nella L. 158, D. *De div. reg. Juris.* Secondo il citato articolo, il semplice assenso dato dall'usufruttuario alla vendita del fondo soggetto all'usufrutto non spoglia l'usufruttuario del diritto d'usufrutto, ma è necessaria a tal uopo una rinunzia formale ed espressa. Non è diverso il caso dell'assenso dato dal creditore all'alienazione del fondo ipotecato. E per mostrare che i due casi sono identici mi giovano le stesse Leggi Romane. E infatti la L. 4, § 12, D. *De doli mali et met. exceptione* suppone il caso che un usufruttuario, il quale diede il suo assenso alla vendita fatta dal proprietario del fondo soggetto all'usufrutto, intenti contro l'alienatario l'azione reale derivante dal suo gius di usufrutto, e dichiara che l'attore sarà respinto colla eccezione di dolo (4). Dalla citata Legge, che

(1) Persil, art. 2180, n. 17.

(2) Troplong, art. 2180, n. 868.

(3) « La question de savoir si le concours du créancier à l'aliénation de l'immeuble qui lui est affecté, ou à une nouvelle constitution d'hypothèque sur cet immeuble, implique de sa part renonciation à son privilège ou à son hypothèque, doit être décidée, comme une question de fait, d'après les circonstances particuliéres à l'espèce. » (Tome I, § 293, note 5, pag. 327.)

(4) « Quæsitum est, si, cum fundi usumfructum haberem, eum

accorda al compratore l'eccezione di dolo contro l'azione reale dell'usufruttuario, è forza il dedurre che l'assenso dato dall'usufruttuario alla vendita del fondo soggetto all'usufrutto importa per le Leggi Romane la rinunzia dell'usufruttuario all'usufrutto, nello stesso modo che l'assenso dato dal creditore alla vendita del fondo ipotecato equivale alla rinuncia dello stesso creditore al diritto dell'ipoteca. Se sotto l'impero del Codice Napoleone l'usufruttuario, che diede semplicemente il suo assenso alla vendita del fondo soggetto all'usufrutto, intentasse la sua azione reale contro il compratore, potrebbe venire respinto colla eccezione di dolo? No certamente. Il compratore non potrebbe più invocare la disposizione della citata L. 4, § 12, D. *De doli mali et met. exceptione* a fronte della disposizione dell'articolo 621 del Codice Napoleone, il quale esige una rinunzia formale ed espressa dell'usufruttuario. Il Diritto Romano deduceva la tacita rinunzia tanto dall'assenso dato dall'usufruttuario alla vendita del fondo sottoposto all'usufrutto, quanto dall'assenso dato dal creditore alla vendita del fondo ipotecato. Ciò prova che i due casi sono simili. Se dunque sotto la legislazione del Codice Napoleone il semplice assenso dato dall'usufruttuario alla vendita del fondo soggetto all'usufrutto non importa la rinunzia al diritto dell'usufrutto, neppure dall'assenso dato dal creditore alla vendita del fondo ipotecato potrà più dedursi la tacita rinunzia del creditore alla sua ipoteca. Può obbiettarsi che l'assenso dato dal creditore all'alienazione del fondo ipotecato non è necessario in alcun modo alla validità della stessa alienazione, e che perciò non può avere altro valore che quello della rinunzia del creditore alla ipoteca. Questo motivo era buono per ispiegare il perchè le Leggi Romane argomentavano dal semplice consenso dato dal creditore alla vendita del fondo ipotecato la tacita rinunzia dello stesso creditore alla sua ipoteca. Ma questo motivo non può più avere alcuna forza dopo che l'articolo 621 ha sanzionato il principio che l'assenso dato dall'usufruttuario alla vendita del fondo soggetto all'usufrutto non fa presumere la rinunzia dell'usufruttuario al suo diritto. Il proprietario, quanto al diritto di alienare il fondo proprio, trovasi nella stessa condizione sia riguardo al creditore ipotecario,

fundum volente me vendideris: an vindicanti mihi usumfructum exceptio sit objicienda? Et hoc jure utimur, ut exceptio doli noceat. » (L. 4, § 12, D. *De doli mali et met. exceptione*.)

sia rispetto all'usufruttuario. Nè i diritti dell'usufruttuario (1), nè quelli del creditore ipotecario tolgono al proprietario il pieno e libero esercizio del suo dominio, e la facoltà di alienare validamente il fondo, sul quale gravita il diritto di usufrutto o d'ipoteca; e come il creditore ipotecario conserva integro il suo diritto sul fondo alienato dal proprietario, così l'usufruttuario conserva illeso il suo diritto in faccia a qualunque alienatario (2). La condizione dell'usufruttuario nel caso di alienazione del fondo soggetto all'usufrutto è perfettamente eguale a quella in cui trovasi il creditore ipotecario, il cui debitore aliena il fondo ipotecato. In amendue i casi il proprietario può vendere il fondo senza bisogno dell'assenso e dell'approvazione dell'usufruttuario o del creditore ipotecario. Se dunque l'assenso dato dall'usufruttuario all'alienazione del fondo soggetto all'usufrutto, assenso non necessario per la validità dell'alienazione, non importa secondo le massime del Codice Napoleone una tacita rinunzia al diritto dell'usufrutto, rinunzia che la legge vuole formale ossia espressa; per la stessa ragione non potrà aver forza di tacita rinunzia al diritto dell'ipoteca l'assenso dato dal creditore all'alienazione del fondo a sua garanzia ipotecato. Le rinunzie non si presumono, e perchè da un dato fatto possano dedursi è necessario che al fatto stesso non si dia mai dalla legge una diversa interpretazione. Ora, come potrà presumersi dall'assenso dato dal creditore ipotecario all'alienazione del fondo ipotecato la rinunzia all'ipoteca, se allo stesso fatto, quando si tratta dell'usufrutto, che è un diritto reale non dissimile quanto alla essenza da quello dell'ipoteca, non dà la legge alcuna importanza, e non fa alcun caso dell'assenso dato dall'usufruttuario all'alienazione del fondo soggetto all'usufrutto? La costituzione della ipoteca è una specie di alienazione (3). Per le stesse ragioni adunque, per le quali io penso che il semplice assenso dato dal creditore all'alienazione del fondo ipotecato non importa di per sè solo la rinunzia al diritto dell'ipoteca, concludo altresì che secondo i principj del Codice Napoleone il semplice assenso dato dal creditore alla costituzione di una seconda ipoteca bastar non può a far nascere la presunzione di

(1) Voet, lib. 7, tit. 1, n. 20.

(2) L. 19, D. *Quib. mod. ususf. vel usus amittitur.*

(3) L. 7, C. *De reb. alien. non alienandis.* — Voet, lib. 7, tit. 1, n. 20.

una tacita rinunzia dello stesso creditore o alla sua ipoteca o al suo grado. Dico che *bastar non può*. Imperocchè io non sono tra quelli che rigettano in modo assoluto le tacite rinunzie, cui tengo per compatibili coi principj del Codice Napoleone, e credo che l'assenso dato dal creditore all' alienazione del fondo ipotecato e molto più alla costituzione di una seconda ipoteca, quando sia congiunto a qualche altra circostanza di fatto che appalesi la intenzione dello stesso creditore, possa benissimo essere una prova concludentissima della rinunzia fatta dal medesimo alla sua ipoteca o al suo grado. A questo modo io concilio i principj del Codice Napoleone con quelli della romana giurisprudenza, senza farmi ligio ostinatamente agli oracoli, certamente venerandi, degli antichi giureconsulti in ciò che possono avere d' incompatibile colle massime della moderna legislazione.

1154. Colla rinunzia del creditore al suo diritto ipotecario, come quella che poggia intieramente sul consenso, possono estinguersi tanto le ipoteche, quanto i privilegi, o sieno questi costituiti sui beni mobili o sugli immobili. Imperocchè essendo lecito a chiunque ha la libera amministrazione del proprio patrimonio il rinunziare ai propri diritti (1), tanto i privilegi sui mobili, quanto le ipoteche ed i privilegi sugli immobili potranno venire estinti colla rinunzia del creditore, sebbene nei casi di rinunzia tacita i fatti, onde questa può desumersi, possano essere diversi secondo che si tratta di un privilegio costituito su beni mobili o di un privilegio gravitante su beni immobili, oppure di una ipoteca. Non sono dunque esatte le espressioni usate dal legislatore nell'articolo 2180, n° 2 — *con là rinuncia del creditore all' ipoteca*, — non essendo la rinunzia un modo di estinzione proprio della sola ipoteca, ma una maniera generale e comune alle ipoteche ed a tutti i privilegi, qualunque sieno i beni, sui quali questi sono costituiti.

1155. Il terzo modo, onde i privilegi e le ipoteche si estinguono, è l'adempimento delle formalità e condizioni prescritte ai terzi possessori per render liberi i beni da essi acquistati. E di questo modo ci occuperemo esclusivamente sotto i capi 8 e 9. Solo avvertiremo che questo è speciale per le ipoteche e pei privilegi costituiti sui beni immobili, e punto non riguarda i privi-

(1) « Licet unicuique juri pro se introducto renuntiare. » (Vinnii Instit. lib. 3, tit. 21, § 1, n. 10.)

legi gravitanti sui beni mobili, come quelli che da una parte non sono soggetti alla pubblicità della inscrizione, dall'altra si estinguono *ipso jure* coll' alienazione dei beni che ne sono colpiti, non essendo l'azione reale ipotecaria esercibile contro i terzi possessori di beni mobili (1).

1156, Il quarto modo, onde i privilegi e le ipoteche si sciolgono, è la prescrizione. La usucapione non fu pei Romani che un modo di acquistare il dominio (2). Questo rimedio ristretto dalle Leggi delle 12 Tavole entro troppo angusti confini sia quanto al tempo, sia quanto alle cose, non poteva bastare allo scopo pel quale fu introdotto, alla quiete cioè e tranquillità dei possessori (3), e la sapienza del Pretore supplì ai difetti della usucapione colla prescrizione di lungo tempo. Se non che la usucapione attribuiva al possessore il vero dominio sulla cosa posseduta, laddove il rimedio pretorio della prescrizione di lungo tempo non era che una eccezione perpetua atta a respingere dopo un lungo possesso di 10 o 20 anni l'azione di rivendicazione intentata dal proprietario. Mentre però la usucapione, la quale non era che un modo di acquistare il dominio, non giovava che in faccia al proprietario rivendicante la cosa già sua (4), al contrario la prescrizione di lungo tempo era utile altresì al possessore per respingere le pretese di chiunque vantava sulla cosa un diritto reale qualunque o di servitù o di pegno (5). Non accade il dire le differenze, onde

(1) Art. 2119.

(2) « Adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti. » (L. 3, D. *De usurp. et usucapionibus.*)

(3) « Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarumdam rerum diu et fere semper incerta dominia essent. » (L. 1, D. *De usurpationibus.*)

(4) L. 1, § 2, D. *De pignoribus.* — L. 7, C. *De pignoribus.* — L. 44, § 5, D. *De usurpationibus.*

(5) « Per Legem 12 Tabularum primitus introducta usucapio . . . . . Temporis successu, ex jurisdictione Prætoris profecta longi temporis possessio, quasi in supplementum usucapionis . . . . . Usucapio tribuit rei dominium . . . . . Præscriptionis autem longi temporis non is quidem Jure Pandectarum effectus est ut dominium civile tribuat, sed tantum exceptionem adversus dominum rem suam vindicantem; et in hoc minus habet quam usucapio. Hoc autem plus habet, quod eadem exceptione tueri se potest is qui longo tempore possedit etiam adversus quoslibet qui jus aliquod in re persequerentur, creditorem puta hypothecarium. » (Pothier ad Pand., lib. 41, tit. 3, n. 1, 91 e 92.)

l'antica usucapione si distingueva dalla prescrizione pretoria di lungo tempo, avendo Giustiniano colla L. un. C. *De usuc. transformanda* confusi i due distinti rimedi della usucapione e della prescrizione di lungo tempo in uno solo, a cui conservò il nome di *prescrizione di lungo tempo* (1). Ma se la citata Legge Giustinianea tolse ogni differenza tra la usucapione e la prescrizione di lungo tempo, è però certo che quest'ultima, informata da Giustiniano del carattere di usucapione, è totalmente diversa dalla prescrizione di lunghissimo tempo, onde viene imposto perpetuo silenzio a tutte le azioni personali e reali non intentate entro il termine di 30 o 40 anni (2). Importantissima è la differenza che la prescrizione di lungo tempo distingue da quella di lunghissimo tempo. La prima, che dell'antica usucapione conservò il carattere, è un mezzo per acquistare il dominio o un diritto reale qualunque su di una cosa. La seconda non è che la ripulsa di un'azione civile, o personale o reale, non promossa in giudizio entro il termine stabilito dalla legge. Colla prescrizione di lungo tempo la legge viene in soccorso di un possessore raccomandato da un giusto titolo e dalla buona fede. Colla prescrizione di lunghissimo tempo il legislatore impone silenzio ad un'azione trascurata e negletta e prescinde però da qualunque titolo e dalla buona fede (3). La prescrizione di lungo tempo attribuendo al possessore un diritto sulla cosa dà al medesimo un'azione e un'eccezione (4). La prescrizione di lunghissimo tempo essendo una pena inflitta a chi non si curò di far valere i diritti propri entro il termine stabilito, non è che un'arme di difesa, di cui si può giovare o un debitore o un possessore per respingere un'azione, che restò estinta in forza del tempo. Avendo riguardo a questa distinzione suggerita dalla romana giurisprudenza il sommo Romagnosi definisce la prescrizione considerata nel suo più ampio senso: « Quell'azione dell'autorità legislativa, colla quale, poste

(1) Vinnii Instit. lib. 2, tit. 5, pr. n. 2.

(2) L. 3, C. *De præscrip.* 30 *vel* 40 *annorum*.

(3) « Si præterlapsi 30 anni, omnibus actionibus præscribitur, etiam personalibus, licet possidens nullam habeat bonam fidem, nec titulum, quia inventa est solum in pœnam supinæ negligentiæ rem sibi debitam intra tot annos non repetentium. » (Brunnemannus ad L. 1, C., lib. 7, tit. 39, n. 3.)

(4) L. 2, C. *De præscrip. longi temporis*.

certe condizioni, ella attribuisce o toglie dopo il lasso di un dato tempo la facoltà di far valere in giudizio una data ragione (1). » E a questa definizione quella s'accorda che ne dà il Codice Napoleone nell'articolo 2219 (2). Alla prescrizione considerata come mezzo per acquistare un diritto corrisponde la prescrizione romana *di lungo tempo;* e a quella *di lunghissimo tempo* corrisponde la prescrizione considerata come mezzo per essere liberato da una obbligazione. Alla prima conviene il carattere di prescrizione *placitante*, la quale, al dire del Romagnosi, non è altro che una dichiarazione guarentita dall'autorità legislativa di riconoscere come valido l'acquisto di una data cosa, avvalorato con atti possessorii esercitati per un dato tempo colle condizioni prefinite dalla legge. Alla seconda s'attaglia il carattere di prescrizione *dispensante e coibente* (3): *dispensante*, in quanto che una persona civilmente obbligata a qualche cosa dopo un certo tempo viene abilitata a non soggiacere più all'azione giudiziale che potevasi esercitare contro di lei; *coibente*, in forza del divieto guarentito dalla legge di porre ad esecuzione coattiva un dato diritto non esercitato dentro un dato tempo stabilito dal legislatore (4). Abbiamo più sopra fatta menzione della prescrizione come di uno dei modi onde le obbligazioni si estinguono, e abbiamo avvertito che quando il credito rimane prescritto, cadono necessariamente e si sciolgono i privilegi e le ipoteche che lo garantivano. Ora diremo brevemente, se e come possano prescriversi i privilegi e le ipoteche, sebbene rimanga in vita la obbligazione del debitore. O il fondo ipotecato si possiede dallo stesso debitore, o da un terzo possessore. Nel primo caso l'azione ipotecaria non era mai prescrittibile per Diritto Romano, e durava sino a che poteva legittimamente esercitarsi l'azione personale contro il debitore o i suoi eredi (5). Il debitore neppure poteva liberare dal pericolo dell'azione ipotecaria le cose ipotecate da lui posse-

(1) *Condotta delle acque*, § 675.

(2) V. n. 1149, pag. 322.

(3) Romagnosi, *Condotta delle acque*, § 676.

(4) « Contra desides homines et sui juris contemptores odiosæ exceptiones oppositæ sunt. » (L. ult. C. *De annali exceptione*.)

(5) Pothier ad Pand. lib. 41, App. ad Tit. *De usucapionibus*, n. 19, *De præscriptione*. — L. 1, C. *Si adversus creditorem*. — Voet, lib. 20, tit. 4, n. 9.

dute invocando la prescrizione di lunghissimo tempo, della quale poteva giovarsi soltanto il terzo possessore non obbligato personalmente al pagamento del debito (1). In faccia al debitore potè soltanto prescriversi l'azione ipotecaria col termine di 40 anni in forza della disposizione della L. 7, § 1, C. *De prescrip.* 30 *vel 40 annorum* (2). Nel secondo caso, cioè quando i beni ipotecati sono in mano di un terzo possessore, il Diritto Romano distingue il possessore di buona fede munito di un giusto titolo dal possessore che non può vantare nè la buona fede, nè un giusto titolo. Il primo prescrive la libertà del proprio fondo colla prescrizione di lungo tempo, che è quella dei 10 anni tra i presenti e di 20 tra gli assenti, ossia colla stessa prescrizione onde si prescrive il gius di dominio (3). E qui è ben da por mente che la prescrizione dell'azione ipotecaria è indipendente dalla prescrizione del gius di dominio. Perciò, sebbene il possessore che acquistò con un giusto titolo e in buona fede la cosa altrui ne divenga in forza della prescrizione di lungo tempo legittimo proprietario, e respinger possa l'azione di rivendicazione mossagli dall'antico padrone, non per questo è liberato dall'azione ipotecaria che gli può venire intentata dai creditori ipotecari (4). Questi muovono l'azione ipotecaria contro il terzo possessore, qualunque sia il titolo del suo possesso, abbia egli acquistato il fondo dal vero proprietario, o da chi non poteva trasmettergli il gius di dominio, abbia o no in quest' ultimo caso prescritto il dominio col termine dei 10 o 20 anni. Il dominio acquistato dal giusto possessore col mezzo della prescrizione di lungo tempo lascia intatti ed integri i diritti ipotecari gravitanti sul fondo come quelli che sono diversi e distinti dal gius di dominio, e perciò il possessore, il quale colla prescrizione dei 10 o 20 anni diviene padrone del fondo acquistato in buona fede e con un giusto titolo, non può respingere le azioni reali contro di lui intentate dai creditori ipo-

(1) L. 3, C. *De præscrip.* 30 *vel* 40 *annorum.*

(2) V. n. 1149, pag. 324.

(3) « Hypothecam creditoris si tertius extraneus, non debitor, possideat bona fide et justo titulo, tunc præscribit 10 vel 20 annis. » (Brunnemannus ad L. 7, C., lib. 7, tit. 39, pr. n. 1.) — Idem ad L. 1 e 2, C. lib. 7, tit. 36, n. 1 e 2.

(4) « Non mutat usucapio superveniens pro emtore, vel pro herede, quominus pignoris persecutio salva sit. » (L. 44, § 5, D. *De usurp. et usucapionibus.*)

tecari. Il terzo possessore, anche quando abbia acquistato il fondo dal vero proprietario, allora solo ne prescrive la libertà in faccia ai creditori, e si libera dal pericolo delle azioni ipotecarie, quando è in buona fede riguardo al vincolo della ipoteca da prescriversi, ossia quando acquistò il fondo con un giusto titolo ignorando l'onere ipotecario, e dall'altra parte il creditore non fece uso del suo diritto, ossia dell'azione ipotecaria, per tutto il termine dei 10 o 20 anni fissato dalla legge per la prescrizione tanto del dominio, quanto della libertà del fondo dagli oneri ipotecari (1). Che se il terzo possessore è in mala fede, allora non può più giovarsi della prescrizione di lungo tempo, cioè di quella dei 10 o 20 anni, colla quale la legge assiste solo al possessore di buona fede munito di un giusto titolo, ma prescrive l'azione ipotecaria colla prescrizione di lunghissimo tempo, ossia con quella dei 30 anni estintiva di tutte le azioni personali o reali non esercitate entro il detto termine (2).

Importa il determinare da qual giorno secondo i principj della romana giurisprudenza corre il termine della prescrizione opponibile dal terzo possessore contro i creditori ipotecari. Se il terzo possessore ricorre alla prescrizione di lunghissimo tempo, ossia a quella dei 30 anni, è certo che questa si misura dal giorno in cui l'azione si rese esercibile (3), perchè la prescrizione di lunghissimo tempo, come quella che è estintiva delle azioni in pena della negligenza del creditore (4), può solo misurarsi dal giorno in cui l'azione da prescriversi potè essere efficacemente

(1) « Atque hæc præscriptio actionis hypothecariæ (la prescrizione cioè dei 10 o 20 anni) distinguenda est ab usucapione ipsius rei pignoratæ. Nam pignus mobile ipsum triennio adquiritur respectu domini seu debitoris, immobile vero 10 annis. Sed ita jus creditoris non est peremtum, nisi ille 10 vel 20 annis taceat. » (Brunnemannus ad L. 1 e 2, C. lib. 7, tit. 3, n. 3.)

(2) « Omnes actiones, quæ breviori spatio non circumscribuntur, et viginti annis non præscribuntur, sive sint in rem ....., sive sint personales .....; item hypothecaria, si instituatur contra extraneum mala fide possidentem (nam si bona fide possideat, decem aut viginti annis præscriberetur) ....., omnes hæ actiones tolluntur triginta annis ab eo tempore, quo intendi actiones primum potuerunt, computandis. » (Brunnemannus ad L. 3, C. lib. 7, tit. 39, n. 1.)

(3) L. 3, C. *De præscrip. 30 vel 40 annorum.*

(4) Brunnemannus ad L. 1, C. lib. 7, tit. 39, n. 3.

intentata (1). Ond'è che se l'azione è sospesa da una condizione, o esercibile dopo un determinato tempo, il termine della prescrizione dei 30 anni corre dal giorno della verificata condizione, o dalla scadenza del tempo fissato all'adempimento della obbligazione (2), appunto perchè soltanto allora nelle obbligazioni condizionali o a tempo può il creditore far valere in giudizio la propria azione (3). Ma non è egualmente certo, se lo stesso principio si applichi al caso che il terzo possessore ricorra alla prescrizione di lungo tempo, la quale si appoggia al giusto titolo e alla buona fede e si compie nel termine di 10 o 20 anni. Il Troplong sostiene che secondo i principj della romana giurisprudenza la prescrizione di un diritto reale sospeso da una condizione non corre se non dopo che la condizione rimase verificata, ossia dal giorno in cui l'azione reale divenne esercibile (4). Egli si appoggia alla L. 3, § 3, C. *Com. de legatis*, la quale, supposto il caso che l'erede venda o dia in ipoteca una cosa lasciata dal testatore ad un legatario sotto una condizione sospensiva, decide che verificandosi la condizione, il legatario può rivendicare come padrone la cosa alienata dalle mani dell'acquirente, senza che questi possa opporre la prescrizione di lungo tempo (5). Da questa Legge deduce il Troplong con tutta certezza che prima dell'adempimento di quella condizione che impediva l'esercizio dell'azione ipotecaria o di rivendicazione, il termine della prescrizione di lungo tempo non corre a favore del terzo possessore (6). Pare a me che

(1) Brunnemannus ad L. 3, C. lib. 7, tit. 39, n. 1.

(2) « Post conditionis exitum, vel post institutæ diei certæ vel incertæ lapsum, præscriptiones triginta vel quadraginta annorum, quæ personalibus vel hypothecariis actionibus opponuntur, initium accipiunt. » (L. 7, § 4, C. *De præscrip. 30 vel 40 annorum.*) — Decisione del Supremo Consiglio di Modena del 20 maggio 1816, tomo I, pag. 22.

(3) L. 213, D. *De verb. significatione.*

(4) « Par le Droit Romain, la prescription d'un droit conditionnel était arrêtée, même à l'égard des tiers détenteurs, tant que la condition était pendante. » (Troplong, *De la Prescription*, art. 2257, n. 791.)

(5) « Sin autem avaritiæ cupidine propter spem conditionis minime implendæ, ad venditionem vel hypothecam (cioè l'erede) prosiluerit: sciat quod conditione impleta ab initio causa in irritum devocetur, et sic intelligenda est, quasi nec scripta, nec penitus fuerit celebrata: ut nec usucapio, nec longi temporis præscriptio contra legatarium, vel fideicommissarium procedat. » (L. 3, § 3, C. *Com. de legatis.*)

(6) Troplong, *De la Prescription*, art. 2257, n. 791.

da questa Legge non possa trarsi la conclusione che ne cava il Troplong. E infatti, quando viene lasciato àd un legatario una cosa sotto condizione sospensiva, l'erede ha della cosa stessa il dominio, e può a tutto rigore di diritto venderla ed ipotecarla; ma il suo dominio si risolve nello stesso momento in cui si verifica la condizione apposta al legato, e risolvendosi il dominio dell'erede, si risolvono altresì tanto le alienazioni, quanto le ipoteche costituite dallo stesso erede. La prescrizione di lungo tempo si appoggia non solo alla buona fede, ma altresì al giusto titolo. Quando si verifica la condizione, che teneva in sospeso il legato, il titolo, onde era stato trasferito il dominio dall'erede nell'alienatario, si risolve e si annulla in forza del principio — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* — Questa risoluzione o annullamento del titolo, onde il dominio fu trasferito nell'alienatario, fa sì che questi non può opporre contro il legatario la prescrizione di lungo tempo, come quella che non può mai competere quando il titolo del possessore rimane annullato. Inoltre come sono di prescrizione incapaci le cose vincolate dal testatore all'obbligo della restituzione (1), così non meno incapaci devono aversi quelle che furono lasciate sotto condizione ad un legatario. Verificata dunque la condizione, l'alienatario non può ricorrere alla prescrizione contro il legatario, non già perchè il termine di questa cominci soltanto dopo che si avverò la condizione, ma perchè dopo l'adempimento della condizione il titolo dello stesso alienatario restò annullato, e perchè non è suscettiva di prescrizione una cosa soggetta a restituzione. La citata Legge appunto dispone in termini assoluti che l'alienatario non può giovarsi della usucapione o della prescrizione di lungo tempo, perchè l'una e l'altra richiedono un titolo valido, ed una cosa capace di prescrizione. Il compratore, a cui fu dall'erede venduto il fondo lasciato altrui in legato sotto condizione, non può invocare che la prescrizione di lunghissimo tempo come quella che non ha bisogno di un giusto titolo, e compete in quei casi, in cui è negata la prescrizione di lungo tempo. A torto pertanto dalla citata Legge argomenta il Troplong che nelle obbligazioni condizionali il termine della prescrizione di lungo tempo comincia anche in faccia al terzo possessore dal giorno, in cui il creditore ipotecario potè eser-

(1) Voet, lib. 41, tit. 3, n. 12.

citare la sua azione dopo la verificata condizione. In mancanza di un testo preciso che avvalori la opinione del Troplong io tengo all'opposto che secondo i principj della romana giurisprudenza il termine della prescrizione di lungo tempo corre dal giorno dell'incominciato possesso in faccia tanto al proprietario vero, cui compete l'azione di rivendicazione, quanto ai creditori ipotecari, cui spetta l'azione ipotecaria, senza alcun riguardo al giorno in cui l'azione potè esercitarsi dal proprietario o dal creditore. Questa mia opinione trova un appoggio nella L. 19, C. *De evictionibus* (1). Secondo questa Legge se Tizio vende a Caio il fondo A ipotecato a favore di Paolo, Caio dopo un possesso di buona fede di 10 o 20 anni lo rende libero col rimedio della prescrizione di lungo tempo, e rimane perciò il venditore sciolto dalla responsabilità della evizione. Questa Legge ha riguardo soltanto al lungo possesso del compratore, e non si cura del giorno, in cui potè l'azione esercitarsi dal creditore ipotecario (2). Del resto la differenza che passa tra la prescrizione di lungo tempo, la quale ha tutti i caratteri dell'antica usucapione, e quella di lunghissimo tempo, e la diversità dello scopo, onde l'una e l'altra furono introdotte, bastano a persuadere che con diversa regola deve misurarsene il tempo. La prescrizione di lungo tempo è un benefizio ed un favore accordato ad un lungo possesso appoggiato alla buona fede ed al giusto titolo del possessore (3), e non guarda perciò che alla durata dello stesso possesso pel tempo determinato dalla legge (4). Al contrario la prescrizione di lunghissimo tempo non è che una pena inflitta ai negligenti, che non si curarono di esercitare nel tempo dalla legge stabilito le azioni competenti, e prescinde tanto dalla buona fede e dal giusto titolo che viene persino concessa al debitore per respingere l'azione personale del suo creditore (5), sebbene contro le azioni di credito non possa mai opporsi la prescrizione di lungo tempo (6). E non potendo tacciarsi di negligente e di trascurato chi

(1) « Si obligata prædia venumdedisti, et longi temporis præscriptione solita emtores se tueri possunt: evictionis periculum timere non potes. » (L. 19, C. *De evictionibus.*)

(2) Brunnemannus ad L. 19, C. lib. 8, tit. 45.

(3) Brunnemannus ad L. 1, C. lib. 7, tit. 26, n. 1.

(4) L. 44, § 2, D. *De usurpationibus.*

(5) Brunnemannus ad L. 1, C. lib. 7, tit. 39, n. 3 e 4.

(6) L. 5, C. *Quib. non objic. longi temp. præscriptio.*

non potè esercitare la propria azione sospesa da una condizione, perciò il termine della prescrizione di lunghissimo tempo, quando si tratta di debiti condizionali, non può mai cominciare se non dopo che rimase verificata la condizione (1). Quando invece si tratta della prescrizione di lungo tempo introdotta come un benefizio accordato ad un lungo possesso munito di tutte le condizioni che lo rendono meritevole di protezione e di favore, vuole la ragione della legge che il tempo della stessa prescrizione incominci dal dì del possesso, senza alcun riguardo alle modalità e vicende a cui era subordinata l'azione del vero proprietario o di chi vantava sulla cosa un diritto reale. Nè può dolersi il proprietario o il creditore, contro cui viene opposta la prescrizioue di lungo tempo, di non avere potuto esercitare durante il possesso dei 10 o 20 anni tenuto dal possessore la propria azione sospesa da una qualche condizione. Imperocchè quegli, cui compete un'azione reale contro un possessore sospesa da una condizione, è sempre in diritto di interrompere la prescrizione notificando al possessore con una diffidazione giudiziale il diritto reale onde sorge l'azione, di cui la condizione non ancor verificata tiene sospeso l'esercizio (2). Saggiamente avvertiva l'avvocato Professor Veratti di Modena in una sua dottissima Dissertazione — *Della prescrizione delle ipoteche specialmente di tempo anteriore a favore dei terzi possessori* — (3), che due azioni ha il creditore ipotecario contro il terzo possessore: l'una per costringerlo a pagare o dimettere, la quale non può prodursi in giudizio se non quando il debitore cessò dal pagare; una seconda per interrompere la prescrizione ed ottenere che il terzo possessore riconosca l'esistenza della ipoteca, la quale ha luogo appunto in tutti i casi di ipoteca per diritti condizionali o *in diem*. E da quest'ultima azione competente al creditore ipotecario contro il terzo possessore bene argomentava l'encomiato Giureconsulto che il corso della prescrizione comincia dal passaggio del dominio dall'obbligato nel ter-

(1) Brunnemannus ad L. 7, C. lib 7, tit. 39, § 4, n. 14.

(2) « Sane si creditor possessori intra tempora præscriptioni præfinita denunciaverit, rem ab eo possessam pro tali debito pignoris jure devinctam esse, ne annorum quidem quadraginta præscriptionem metuere debet. » (Voet, lib. 20, tit. 4, n. 9.)

(3) Giornale Lett. Scient. Modenese, fasc. 33-34, tomo VI, marzo-aprile 1843.

zo, e che non si lede punto il principio che la prescrizione non corre *contra non valentem agere* (1).

1157. E per dire ora della prescrizione dei privilegi e delle ipoteche secondo le massime del Codice Napoleone, questo Codice definisce la prescrizione, come più sopra fu avvertito: « un mezzo per acquistare un diritto o per essere liberato da una obbligazione mediante il decorso d' un determinato tempo, e sotto le condizioni stabilite dalla legge (2). » E sotto questa definizione, come osserva il Romagnosi (3), sono comprese tanto la prescrizione *placitante*, la quale è un mezzo per acquistare un diritto, quanto la *dispensante* e la *coibente*, che sono un mezzo per ottenere la liberazione da una obbligazione. La prescrizione placitante in quanto è un mezzo per acquistare un diritto, e corrisponde alla romana prescrizione di lungo tempo, è contemplata nell'articolo 2265, il quale dispone che « quegli che acquista in buona fede e con giusto titolo un immobile, ne prescrive la proprietà col decorso di anni dieci, se il vero proprietario abita nel circondario giurisdizionale del Tribunale d'Appello, nell'estensione del quale sia situato l'immobile; e col decorso di anni venti, se è domiciliato fuori del suddetto circondario. » Della prescrizione dispensante e coibente, in quanto

(1) « An in tertio possessore rerum censualium præscriptio procedat tantum a die quo debitor principalis solvere cessavit, an vero a die quo tertius possessor cœpit possidere, licet debitor principalis semper pensionem solverit, aut alius pro eo quod potest, in cujus resolutione divisi sunt doctores . . . . Contrarium, quod præscriptio procedat a die quo tertius cœpit possidere, licet principalis debitor numquam in solutione cessaverit, tenet Alexand. sibi contrarius cons. 221 in fin. lib. 6, et eum referens Cravet. cons. 148, n. 6, Cuman. cons. 92, Gregor. Lopez. part. 3, tit. 29, lib. 27 qui dicit opinionem Alex. cons. 58, lib. 5, communiter improbari . . . . Hanc esse magis comunem et veriorem sententiam ex multis tradit, omnia contraria dissolvens Felician. de Solis, de Censibus lib. 2, c. 4, n. 12: eamque tenendo Antonius Faber (lib. 8, tit. 6, def. 38) declarandoque eam dicit, quod licet cum effectu, ut nempe intendi exercerive possit, non sit nata actio hypothecaria creditori adversus tertium possessorem, et sic ei nulla ratione imputari possit quare non eam actionem adversus eum intenderit, verum esse ei imputandum quare dicto tertio possessori non denuntiaverit suam obligationem, per quam denuntiationem efficere ipse potest ut tertius non præscribat, cum eum in mala fide constituat etc. » (Cancer. Resolut. Variar. Part. 1, cap. 15, n. 52, 53.)

(2) Art. 2219.

(3) *Condotta delle acque*, § 681.

questa è un mezzo per essere liberato da una obbligazione, e corrisponde alla prescrizione romana di lunghissimo tempo, fa parola l'articolo 2262, col quale è stabilito che « tutte le azioni, tanto reali che personali, si prescrivono col decorso di trent'anni, senza che quegli che allega questa prescrizione sia tenuto ad esibirne un titolo, o senza che gli si possa opporre l'eccezione derivante da mala fede. » Io devo occuparmi della prescrizione solo in quanto può esser causa della estinzione dei privilegi e delle ipoteche, e mi è duopo ripetere la stessa distinzione che ho fatta più sopra parlando della prescrizione dell'azione ipotecaria secondo i principj della romana giurisprudenza. O i beni ipotecati si trovano in potere del debitore, o di un terzo possessore. Nel primo caso il Codice Napoleone correggendo la disposizione della L. 7, C. *De præscrip.* 30 *vel* 40 *annorum*, che poneva fine all'azione ipotecaria col lungo periodo di 40 anni, mentre all'azione personale era imposto silenzio colla prescrizione più corta dei 30 anni, subordina con più giusta disposizione la durata dell'azione ipotecaria alla esistenza dell'azione personale, disponendo che l'azione ipotecaria rimarrà prescritta collo stesso termine, nel quale si compie la prescrizione dell'azione personale che dell'azione ipotecaria è l'appoggio e il fondamento. Quando il debitore possiede i beni ipotecati, il creditore può agire ipotecariamente contro gli stessi beni, finchè l'azione personale non è prescritta. E siccome non può compiersi la prescrizione dell'azione personale, se viene legalmente interrotta, così rimanendo in vita in forza degli atti d'interruzione l'azione personale, dura altresì l'azione ipotecaria senza bisogno che il creditore faccia per questa separati atti che ne interrompano la prescrizione (1). L'azione ipotecaria non è che un accessorio della personale, ed è giusto che rimanga in vita finchè dura e vive l'azione personale. Quando i beni ipotecati sono in mano di un terzo possessore, la prescrizione dei privilegi e delle ipoteche si compie collo stesso termine, onde si prescrive il dominio dei beni immobili (2). E ben a ragione il Codice Napoleone assoggettò la prescrizione dei privilegi e delle ipoteche alle stesse regole, a cui

(1) Troplong, art. 2180, n. 877. — Troplong, *De la Prescription*, art. 2250, n. 660.

(2) Grenier, tome II, n. 510.

fu sottoposta la prescrizione del dominio. Imperocchè, o si considera la prescrizione come un mezzo per acquistare un diritto, e allora nello stesso modo che ha forza di attribuire il dominio, deve altresì avere tanto di efficacia da poter dare alla proprietà il più importante dei diritti, quello della libertà. O si considera come un rimedio atto a liberare il possessore dal pericolo di un' azione reale che ne turbi il possesso, ed anche sotto questo aspetto come estingue l' azione reale di rivendicazione già competente al vero proprietario, non può non aver forza di spegnere l' azione reale già spettante al creditore ipotecario. Ora, quanto al dominio, la prescrizione si compie col periodo di 10 o 20 anni, o col più lungo dei 30. Col termine di 10 o 20 anni, quando è un mezzo diretto per acquistare il dominio ed è appoggiata al giusto titolo e alla buona fede del possessore. Col periodo più lungo dei 30 anni, quando è puramente estintiva dell' azione reale di rivendicazione già spettante al vero proprietario, e non ha alcun riguardo alla buona fede e al titolo del possessore. Ciò posto, dalla disposizione dell' articolo 2180 dichiarante che la prescrizione dei privilegi e delle ipoteche si acquista dal terzo possessore col periodo di tempo stabilito per prescrivere il dominio in suo favore, necessariamente consegue che la prescrizione dei privilegi e delle ipoteche potrà aver luogo o col termine di 10 o 20 anni, quando il possessore è appoggiato ad un giusto titolo ed alla buona fede, o col lungo termine dei 30 anni, quando manchino al possessore le dette condizioni della buona fede e del giusto titolo. E ben s' ingannano quei giureconsulti che credono applicabile al solo gius di dominio la prescrizione dei 10 o 20 anni come quella che non è solamente estintiva di un' azione, ma attributrice di un diritto reale. La loro opinione rompe contro la disposizione del detto articolo 2180, il quale assoggetta la prescrizione dei privilegi e delle ipoteche allo stesso termine stabilito per quella del dominio, termine che è, come si disse, di 10 o 20 anni, oppure di 30, secondo che estingue semplicemente l' azione reale esercibile contro il possessore, o veramente attribuisce un diritto reale al possessore, quando in lui si verificano le condizioni della buona fede e del giusto titolo (1). Dal citato articolo 2180 risulta evidentemente che secondo i principj del Codice Napoleone, non diversi

(1) Troplong, *De la Prescription*, art. 2265, n. 850, 851.

da quelli della romana giurisprudenza, la prescrizione dei 10 o 20 anni, non dissimile nella sostanza e negli effetti dalla prescrizione romana di lungo tempo, è un mezzo di acquistare non solo il gius di dominio, ma altresì la libertà del dominio, senza la quale la proprietà degli immobili manca del pregio più prezioso. Allora solo il terzo possessore di questa prescrizione non può giovarsi, ma ricorrer deve a quella dei 30 anni, onde rimangono estinte tutte le azioni personali e reali (1), quando difetta di un giusto titolo o della buona fede, che sono i requisiti essenziali della prescrizione dei 10 o 20 anni. Sebbene però la libertà dei fondi si prescriva collo stesso periodo di tempo, onde si prescrive il dominio, non è però a credersi che la proprietà acquistata dal possessore colla prescrizione dei 10 o 20 anni, sia *ipso jure* franca e libera dagli oneri che la gravano. I principj della romana giurisprudenza più sopra mentovati sono applicabili al Codice Napoleone, il quale nella materia della prescrizione ha seguìte le norme e le massime delle Romane Leggi. Il gius di dominio che si acquista dal possessore col mezzo della prescrizione è diverso e distinto dal gius di libertà, la quale non è che un attributo ed una prerogativa dello stesso dominio. Può stare che io acquisti col mezzo della prescrizione la proprietà di un fondo, e che questa proprietà sia gravata da oneri ipotecari, che non ne toccano ed alterano la sostanza. La proprietà ch'io acquisto col mezzo della prescrizione spegne certamente tutti i diritti e le azioni spettanti già all'antico proprietario, ma non può estinguere ed annullare le azioni reali competenti ad un creditore ipotecario, le quali come sono diverse dall'azione di rivendicazione, così appartengono ad una persona diversa da quella, contro la quale il possessore prescrive il gius di dominio. Il possessore, o abbia avuto causa dal vero proprietario, o abbia acquistato il dominio del fondo col mezzo della prescrizione, non può render libera con questo rimedio la sua proprietà dagli oneri reali onde è gravata, se non adempie tutte le condizioni della prescrizione in faccia al creditore ipotecario (2). E delle condizioni della prescrizione di 10 o 20 anni riguardo al terzo possessore posto a confronto col creditore ipotecario dirò ora brevemente.

(1) Troplong, art. 2180, n. 878.
(2) Voet, lib. 20, tit. 4, n. 9. — Troplong, art. 2180, n. 878.

Prima condizione è quella della buona fede. Quando si tratta del dominio, la buona fede si verifica allorchè il possessore crede di essere padrone della cosa per averla acquistata dal vero proprietario fornito della libera facoltà di alienare le cose proprie (1). Applicando la stessa idea della buona fede al caso delle ipoteche, questa si troverà nell' alienatario allora quando acquistò il fondo credendolo libero e sciolto da vincoli ipotecari (2). La buona fede si presume sempre, e la mala fede deve essere provata da chi l' asserisce (3). Ma siccome nel Sistema Ipotecario fondato sulla pubblicità l' inscrizione dei creditori accesa sui registri del Conservatore avverte i terzi degli oneri ipotecari gravitanti sui fondi (4); così il possessore non potrebbe allegare la buona fede rispetto alle ipoteche già inscritte nel momento dell' acquisto dell' immobile. Nel caso del dominio, secondo i principj della romana giurisprudenza basta che l' acquirente sia in buona fede al momento dell' acquisto, ossia della tradizione necessaria a trasferire il dominio, salvo che trattisi di un contratto di compra e vendita, perchè allora la buona fede del compratore è indispensabile in due tempi, cioè nel momento del contratto e in quello dolla tradizione (5). Lo stesso principio è stato adottato dal Codice Napoleone, il quale si contenta (6) che la buona fede sia esistita al tempo dell' acquisto (7). Essendo ai vincoli ipotecari dall' articolo 2180 estesa la prescrizione dei 10 o 20 anni, questa avrà il pieno suo effetto anche riguardo ai privilegi ed alle ipoteche gravitanti sul fondo, quando il possessore sia stato in buona fede, ossia li abbia ignorati, al momento dell' acquisto. La conoscenza acquistatane da lui posteriormente non gli può nuocere,

(1) L. 109, D. *De verb. significatione.* — Voet, lib. 41, tit. 3, n. 6. — Instit, lib. 2, tit. 6, pr. — Troplong, *De la Prescription*, art. 2268, 2269, n. 915.

(2) Troplong, art. 2180, n. 879.

(3) Art. 2268. — Voet, lib. 41, tit. 3, n. 9.

(4) « L'inscription est un avertissement officiel qui exclut le doute; le tiers détenteur ne peut prétexter cause d'ignorance. » (Troplong, art. 2175, n. 832.)

(5) Voet, lib. 41, tit. 31, n. 7.

(6) Art. 2269.

(7) Troplong, *De la Prescription*, art. 2269, n. 936.

e togliergli il vantaggio della prescrizione (1). Ma se il creditore che intenta l'azione ipotecaria potrà provare che la sua ipoteca fu conosciuta dal possessore al momento dell'acquisto, questi non potrà in tal caso più invocare il beneficio della prescrizione dei 10 o 20 anni, come quella che non può aver luogo quando manchi il requisito della buona fede, la quale al tempo appunto dell'acquisto deve verificarsi (2).

L'altro requisito della prescrizione dei 10 o 20 anni è il giusto titolo, ossia una causa abile a trasferire il dominio (3). E qui non posso rimanermi dal notare un errore in cui è caduto il Troplong, il quale asserisce che pei Romani il giusto titolo non era un requisito necessario della prescrizione di lungo tempo, e che bastar poteva la semplice buona fede (4). I testi del Diritto Romano danno una irrepugnabile mentita a questa asserzione, e più di tutti la L. 27, D. *De usurpationibus*, la quale stabilisce in termini assoluti che non basta la buona fede, se il possessore non si appoggia ad un titolo giusto e vero (5). E credo veramente che il Troplong abbia ingiustamente accusato gl' Interpreti del Diritto Romano di avere chiusi gli occhi alla luce dei testi, e falsata la verità per abbandonarsi ad un sistema suggerito dalla loro im-

(1) Troplong, art. 2180, n. 879 e 880.

(2) Troplong, art. 2180, n. 880 bis, 881, 882.

(3) Voet, lib. 41, tit. 3, n. 3 e 4. — L. 4, C. *De præscrip. longi temporis.*

(4) « Dans le Droit Romain, la bonne foi n'avait pas nécessairement besoin d'un juste titre pour se justifier. Lorsqu'elle était claire, évidente, solennellement établie, et qu'on n'avait sous ce rapport aucun reproche à faire au possesseur, on n'exigeait rien de plus pour l'acquisition de l'usucapion ou de la prescription; s'il est souvent parlé du juste titre dans les Lois Romaines, c'est plutôt comme indice habituel de la bonne foi et fondement d'une erreur plausible, que comme condition nécessaire pour lui donner naissance. Car une foule d'exemples prouvent que si la bonne foi existe sans le titre, elle suffit à elle seule. Cette théorie, méconnue par un grand nombre d'Interprètes, n'en est pas moins la seule vraie. » (Troplong, *De la prescription*, art. 2267, n. 871.)

(5) « Celsus errare eos ait, qui existimarent, cujus rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse; nihil referre, emerit, nec ne, donatum sit, nec ne, si modo emtum, vel donatum sibi existimaverit: quia neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit. » (L. 27, D. *De usurpationibus*.) — L. 4 e L. 5, C. *De præscrip. longi temporis.*

maginazione (1). La dottrina del Brunnemanno (2), del Voet (3), del Vinnio (4), e di infiniti altri Interpreti del Diritto Romano insegnanti che il giusto titolo è una condizione essenziale della Romana prescrizione di lungo tempo, non solo si concilia coi testi delle Romane Leggi, ma ne è anzi un legittimo parto. Gli esempi, onde il Troplong crede giustificare la critica fatta agli Interpreti del Diritto Romano, nulla provano. Se Caio, dice egli, compra un fondo da un furioso creduto da lui sano di mente, la vendita è nulla, e ciò nullameno secondo la L. 2, § 16, D. *Pro emtore* può aver luogo la prescrizione a favore del compratore (5). Il Troplong s'inganna argomentando dalla citata Legge che il Diritto Romano si contenta della buona fede e prescinde dal giusto titolo. Nell'addotto esempio il titolo non manca, ed è appunto il contratto di compra e vendita, e sebbene sia nullo a rigore di diritto, mossa dalla equità la legge lo tiene per valido ed efficace quanto all'effetto della usucapione in vista dell'errore di fatto, onde fu ingannato il compratore (6). Non è di maggior forza l'altro esempio che il Troplong trae dalla L. 4, D. *Pro legato*, nella quale è detto che se viene lasciato un legato a Tizio, e che due persone portino questo nome, l'usucapione può aver luogo in favore di quello, che credendosi onorato dal testatore piglia il possesso della cosa lasciata in legato (7). Anche in questo caso il titolo esiste, che è quello del legato, e l'errore sulla identità della persona onorata essendo puramente di fatto, la legge per equità

(1) « Malgré l'évidence dont ce système était environné, il plut cependant à l'imagination des interprètes d'en fausser la vérité, et ils firent passer en pratique que la bonne foi, sans le titre, était insuffisante. Leur doctrine, toujours suivie dans le Droit Français, n'éprouvait d'embarras que pour se concilier avec les textes latins, qui la condamnaient implicitement. » (Troplong, *De la Prescription*, art. 2267, n. 872)

(2) Brunnemannus ad L. 27, D. lib. 41, tit. 3.

(3) Voet, lib. 41, tit. 3, n. 3.

(4) Vinnii Comment. Instit. lib. 2, tit. 6, pr. n. 3.

(5) « Si a furioso, quem putem sanæ mentis, emero: constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emptio. » (L. 2, § 16, D. *Pro emtore*.)

(6) Voet, lib. 41, tit. 3, n. 5.

(7) « Pro legato potest usucapi, si res aliena legata sit: . . . . Idem potest dici, et si in nomine erit dubitatio: veluti si Titio legatum sit, cum sint duo Titii, ut alter eorum de se cogitatum existimaverit. » (L. 4, D. *Pro legato*.)

ammette la usucapione in favore del possessore. È dello stesso genere l'ultimo esempio messo in campo dal Troplong (1) sull'appoggio della L. 9, D. *Pro legato* (2). L'errore di fatto, dal quale restò ingannato il possessore, è il motivo per cui la legge prescinde dal rigore di diritto, ed ammette per equità la usucapione, se il legatario ignorò o il codicillo che rivocava il legato, o i vizi ond'era infetto il testamento (3). Il Codice Napoleone, il quale richiede (4) nella prescrizione dei 10 o 20 anni, oltre la buona fede, il giusto titolo, si è attenuto rigorosamente alle massime della romana giurisprudenza, e a torto il Troplong (5) vorrebbe attribuirne il merito al Diritto Francese. Il giusto titolo non è pel Diritto Romano che una causa abile a trasferire il dominio (6). Nel linguaggio francese la parola *titre* viene adoperata in due sensi. Il primo denota una causa atta a trasmettere il dominio, ed ha lo stesso valore del vocabolo romano *titulus*. Il secondo esprime un atto formale scritto, col quale si prova una convenzione, una dichiarazione di fatto, una concessione, un contratto qualunque, e corrisponde a ciò che le Leggi Romane intesero col nome di *instrumenta* (7). In quest' ultimo senso è stata adoperata

(1) *De la Prescription*, art. 2267, n. 872.

(2) « Pro legato usucapit, cui recte legatum relictum est; sed et si non jure legatum relinquatur, vel legatum ademtum est, pro legato usucapi post magnas varietates obtinuit. » (L. 9, D. *Pro legato.*)

(3) « Sed quid si legatum non jure relictum ab impubere, vel coram solis quatuor testibus? Valebitne titulus, valebitne usucapio? Sed error hic juris esset, qui nunquam prodest usucapienti. Resp. heres errat in jure, legatarius errat tantum in facto, v. gr., si legatarius existimavit defunctum testatorem fuisse puberem, cum tamen fuerit impubes, vel legatarius non vidit codicillum. » (Brunnemannus ad L. ult. D. lib. 41, tit. 8.)

(4) Art. 2265.

(5) « Pour le moment, nous nous contenterons de remarquer qu'à notre avis, le Code Civil a fait sagement de donner la préférence au système des Interprètes, qui n'était répréhensible qu'en tant qu'il avait la prétention de rendre fidèlement l'esprit du Droit Romain . . . . . Je rappelle donc surtout le principe romain pour faire ressortir le progrès du Droit Français par rapport à lui. » (Troplong, *De la Prescription*, art. 2267, n. 872.)

(6) Voet, lib. 41, tit. 3, n. 4.

(7) « C'est l'acte qui sert à établir quelque droit, quelque qualité.... *Titre* se dit aussi la *cause* en vertu de laquelle ou on possède, ou on

la parola *titre* nell' articolo 2263 del Codice Francese (1). E infatti nell'articolo italiano il vocabolo *titre* è tradotto *documento* (2). Nell' articolo 2265 la parola *titre — titolo* ha amendue i significati or ora accennati, esprime cioè un atto scritto che sia causa abile a trasferire il dominio. Ciò deducesi dai combinati articoli 2229 e 2267. Dei quali il primo dispone che, per indurre la prescrizione, è necessario un possesso *a titolo di proprietà;* ed il secondo che un titolo nullo per difetto di forme non può servire di base alla prescrizione di dieci e di venti anni. Secondo i principj della romana giurisprudenza il giusto titolo, che deve servire di fondamento alla prescrizione, deve essere vero (3). Un titolo opinato non giova al possessore (4). Tuttavia l'opinione di un titolo vero e reale appoggiata ad un giusto errore di fatto è dalle Leggi Romane riputata sufficiente (5). Secondo gli stessi principj della romana giurisprudenza il titolo deve essere non solo giusto e vero, ma altresì valido. Tuttavia la prescrizione è ammessa non ostante la nullità del titolo, se il possessore lo crede valido indotto da un errore scusabile di fatto (6). Anche il Codice Napoleone richiede il giusto titolo come requisito fondamentale della prescrizione dei 10 o 20 anni; ma i termini assoluti, onde è concepita la disposizione dell' articolo 2265, non ammettono la teoria romana del titolo putativo appoggiato ad un errore scusabile del possessore (7), e deve perciò tenersi che la prescrizione dei 10 o 20 anni non può mai aver luogo, se il titolo *giusto,* ossia abile a trasferire il dominio, p. e., una donazione,

réclame une chose. » (Merlin, sotto la parola *Titre.*) — Romagnosi, *Condotta delle acque*, § 772.

(1) « Après vingt-huit ans de la date du dernier titre, le débiteur d'une rente peut être contraint à fournir à ses frais un titre nouveau à son créancier ou à ses ayant-cause. » (Art. 2263.)

(2) « Il debitore d'una rendita può essere astretto a somministrare a proprie spese un nuovo documento al suo creditore o agli aventi causa da esso, dopo vent'otto anni dalla data dell'ultimo documento. » (Art. 2263.)

(3) Voet, lib. 41, tit. 3, n. 4.

(4) L. 27, D. *De usurpationibus.*

(5) Vinnii, *Comment. Instit.* lib. 2, tit. 6, § 6. — L. 11, D. *Pro emtore.*

(6) Voet, lib. 41, tit. 3, n. 5.

(7) Troplong, *De la Prescription*, art. 2267, n. 889, 890, 893. — Romagnosi, *Condotta delle acque*, § 807.

una permuta, una compra e vendita, non è vero, cioè realmente esistente. Quanto poi alla nullità del titolo, questa può dipendere o da un vizio di forma, o da un vizio intrinseco. Riguardo alla forma, dichiara l'articolo 2267 che un titolo nullo per difetto di forme non può servire di base alla prescrizione dei 10 o 20 anni. E ciò a ragione, perchè le forme solenni degli atti sono d'ordine pubblico e furono stabilite per l'interesse di tutti i cittadini. Il Codice Napoleone si tace assolutamente della nullità derivante da un vizio intrinseco. Ma se un titolo nullo per difetto di forme non può servire di base alla prescrizione dei 10 o 20 anni, a più forte ragione deve essere inefficace un titolo nullo per qualche vizio intrinseco che dello stesso titolo tocca l'essenza e la sostanza. Un titolo nullo per vizio intrinseco non è e non può essere riguardato come un giusto titolo, senza del quale la prescrizione dei 10 o 20 anni non può aver luogo giusta l'articolo 2265. È però da avvertire che non può essere di alcun ostacolo alla detta prescrizione la nullità del titolo, quando una tale nullità dipende dalla mancanza nell'alienante del gius di dominio, come nel caso dell'articolo 1599, il quale dichiara essere nulla la vendita della cosa altrui. Imperocchè il giusto titolo, che è il fondamento della prescrizione dei 10 o 20 anni, non altro importa che una causa di per sè abile a trasferire il dominio, e la prescrizione fu appunto introdotta per attribuire al possessore il dominio che non gli potè essere trasmesso dal suo autore che alienò la cosa altrui (1). Non basta però che il giusto titolo sia vero e valido, ma è necessario altresì che sia definitivo e non sospeso da una condizione (2). Imperocchè la condizione sospensiva, sotto la quale fu fatta l'alienazione della cosa che si vuol prescrivere, tenendo in sospeso gli effetti della stessa alienazione, allora solo può cominciare la prescrizione quando per la verificata condizione il giusto titolo ha ottenuto il suo compimento (3).

Per la prescrizione del dominio, oltre il giusto titolo e la buona fede, è necessario per Diritto Romano un possesso continuo

(1) Troplong, *De la Prescription*, art. 2267, n. 904.

(2) Troplong, *De la Prescription*, art. 2267, n. 889.

(3) « Si sub conditione emtio facta sit, pendente conditione emtor usu non capit. » (L. 2, § 2, D. *Pro emtore.*) — Voet, lib. 41, tit. 4, n. 1.— Troplong, *De la Prescription*, art. 2267, n. 910.

e non mai interrotto per tutto il termine dei 10 o 20 anni. Non cessa però la continuazione del possesso per la morte dell'attuale possessore o per l'alienazione ch'egli fa della cosa posseduta. Imperciocchè è ammesso come principio inconcusso che il possesso dell'autore si congiunge con quello del successore. Se non che nel caso di successore universale si opera il congiungimento dei due possessi, sebbene l'erede sia in mala fede, bastando per la prescrizione la buona fede del defunto autore, la cui persona è rappresentata dall'erede. Ma se l'autore cominciò a possedere in mala fede, questa impedisce assolutamente la prescrizione e nuoce anche all'erede, sebbene questi sia in buona fede, per la ragione che l'erede si considera come una sola persona coll'autor suo. Al contrario nel caso di un successore particolare che non rappresenta la persona dell'alienante, il congiungimento dei due possessi ha luogo sì veramente che l'uno e l'altro abbiano cominciato a possedere in buona fede, nè la mala fede dell'alienante nuoce all'alienatario, il quale può cominciare la prescrizione in testa propria (1). Questo congiungimento dei possessi è pure ammesso dal Codice Napoleone, il quale dichiara nell'articolo 2235, che « per compiere la prescrizione, può il possessore unire al proprio possesso quello del suo autore, qualunque sia la maniera con cui vi è succeduto, tanto a titolo universale o particolare, quanto a titolo lucrativo od oneroso. » E siccome i caratteri e requisiti della prescrizione dei 10 o 20 anni del Codice Napoleone sono gli stessi della prescrizione romana, e la condizione della buona fede in ciascuno dei successori particolari a differenza del successore universale, essendo un risultato necessario della diversità che passa tra il successore universale e il particolare, e non una sottigliezza romana, io credo che anche secondo le massime del Codice Napoleone sia necessaria la buona fede in ciascuno dei possessori, se vogliasi congiungere il possesso di un successore particolare con quello del suo autore; che basti la buona fede dell'autore, quando si congiunga il possesso di lui con quello del successore universale, la cui persona s'identifica con quella dello stesso autore; che il successore particolare possa non ostante la mala fede dell'autor suo cominciare in nome proprio la prescrizione; e che questa non possa più aver luogo in favore dell'erede, il cui autore cominciò a possedere in mala

(1) Voet, lib. 41, tit. 3, n. 16.

fede la cosa da prescriversi. Così però non la pensa il Troplong, il quale non trova una giusta ragione di fare differenza tra il successore particolare e l'universale, e sostiene che secondo i principj del Codice Napoleone la buona fede dell'autore bastar deve in tutti i casi, anche quando si congiunge il possesso di lui con quello del successore particolare (1). A questa opinione non posso sottoscrivermi. È troppo grande la differenza tra il successore universale ed il particolare. Nel caso del successore universale lo stesso Troplong m'insegna che non ha luogo propriamente la congiunzione dei due possessi, ma il possesso dell'autore continua nell'erede (2), che rappresenta la persona dell'autor suo (3). E siccome basta che la buona fede sia esistita al tempo dell'acquisto (4); così è indifferente che il successore universale sia in buona o mala fede, quando l'autor suo cominciò a possedere in buona fede. Il successore particolare non rappresenta la persona dell'autore da cui ha causa, come confessa lo stesso Troplong (5), e perciò dovrebbe a tutto rigore cominciare in buona fede la prescrizione in testa propria. La legge mossa dalla equità può ben permettere che il successore particolare congiunga al suo possesso quello dell'autor suo, sebbene l'un possesso sia distinto dall'altro, ma questa congiunzione di possessi non può cambiare la condizione del successore particolare, il quale non può perciò

(1) « Je pense donc que sous le Code Civil il n'y a aucune différence à faire à cet égard entre les successeurs universels et particuliers, et que la survenance de mauvaise foi ne nuit pas plus aux uns qu'aux autres. » (Troplong, *De la Prescription*, art. 2235, n. 432.)

(2) « Les successeurs universels représentent celui dont ils tiennent la place d'une manière tellement complète, qu'ils ne forment avec lui qu'une seule et même personne...... A vrai dire, ils ne commencent pas une possession nouvelle; ils continuent la possession de leur auteur. » (Troplong, *De la Prescription*, art. 2235, n. 429.) — « Possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem. » (L. 30, D. *Ex quib. causis majores.*)

(3) « Heres personam et conditionem defuncti suscipit, ita ut una persona cum defuncto censeatur. » (Vinnii, *Comment. Instit.*, lib. 2, tit. 6, § 7, n. 5.) — L. 11, D. *De div. temp. præscriptionibus.*

(4) Art. 2269.

(5) « Les successeurs particuliers peuvent aussi joindre à leur possession celle de leur auteur. Ici, on ne peut pas dire qu'il y ait une continuation de possession fondée sur l'identité de la personne, car l'ayant-cause ne représente pas la personne de son auteur. » (Troplong, *De la Prescription*, art. 2235, n. 431.)

godere il benefizio della prescrizione, se in lui non si verificano le condizioni del giusto titolo e della buona fede, che sono le basi della prescrizione dei 10 o 20 anni introdotta in favore dei possessori. Dopo la famosa costituzione di Giustiniano un. C. *De usucap. transformanda*, il tempo stabilito per la prescrizione di lungo tempo, quanto alle cose immobili, fu di 10 anni tra i presenti e di 20 fra gli assenti (1). E la presenza si riferiva unicamente al possessore e al padrone, cui competeva il diritto di rivendicazione, i quali si avevano presenti se abitavano nella stessa provincia, ed assenti se avevano in diverse provincie il loro domicilio (2). E se o il possessore o il vero proprietario erano stati una parte di tempo assenti, ed un'altra parte presenti, allora volle Giustiniano che al decennio si aggiungessero altrettanti anni quanti erano quelli dell'assenza (3). Il Codice Napoleone, allontanandosi dalla massima stabilita da Giustiniano colla L. ult. C. *De præscrip. longi temporis*, la quale non aveva alcun riguardo al luogo ove era posta la cosa da prescriversi, fissa il termine dei 10 o 20 anni secondo che il proprietario, cui compete l'azione di rivendicazione, e contro il quale corre la prescrizione, ha o no il suo domicilio nel circondario giurisdizionale del Tribunale d'Appello, nell'estensione del quale trovasi situato l'immobile (4). Se il vero proprietario ha tenuto in diversi tempi il suo domicilio nel circondario giurisdizionale ora detto e fuori di esso, allora è necessario, per compiere il corso della prescrizione, aggiungere a quanto manca ai 10 anni di presenza un numero d'anni d'assenza, che sia il doppio di quello che manca per compiere i dieci anni di presenza (5). Così se Caio, che ha il gius di dominio sul fondo A posseduto da Seio, abitò 6 anni nel circondario giurisdizionale del Tribunale d'Appello, nell'estensione del quale è posto l'immobile, e poscia trasferì altrove il suo domicilio, si dovrà raddoppiare il tempo dell'assenza, e aggiugnerlo a quello della presenza, ossia ai 6 anni di presenza si dovranno aggiungere altri 8 anni, e così la prescrizione si compirà col termine di 14 anni (6).

(1) Instit. lib. 2, tit. 6, pr.

(2) L. 12, C. *De præscriptione longi temporis*. — Brunnemannus ad L. ult. C. lib. 7, tit. 33, n. 1 e 2.

(3) Nov. 119, cap. 8.

(4) Troplong, *De la Prescription*, art. 2265, n. 863.

(5) Art. 2266.

(6) Troplong, *De la Prescription*, art. 2266, n. 870.

1158. Perchè il terzo possessore possa prescrivere i privilegi e le ipoteche gravitanti sul suo fondo colla prescrizione dei 10 o 20 anni, è necessario che tutti concorrano i requisiti propri di una tale prescrizione, la quale essendo attributrice di un diritto richiede necessariamente nel possessore la buona fede ed il giusto titolo. Fu già detto più sopra in che consista la buona fede del possessore posto in conflitto coi creditori ipotecari. Basta che questa sia esistita al tempo dell'acquisto (1); e siccome è sempre presunta (2), così il creditore che intenta l'azione ipotecaria avrà l'onere di provare la mala fede del terzo possessore, ossia che questi conosceva al momento dell'acquisto l'ipoteca onde era gravato il suo fondo (3). E basterà a parer mio che il creditore provi che al momento dell'acquisto la inscrizione era già accesa all'Uffizio delle Ipoteche, essendo la inscrizione nel Sistema Ipotecario fondato sulla pubblicità il segno o indizio della esistenza della ipoteca (4). Al terzo possessore, oltre la buona fede, è necessario il giusto titolo, che è, come già si è detto, un atto scritto abile a trasferire il dominio, e questo giusto titolo deve avere tutti i caratteri e qualità di cui sopra ho discorso parlando del giusto titolo come di una delle condizioni fondamentali della prescrizione dei 10 o 20 anni. Non è però mestieri che il terzo possessore, per prescrivere la libertà del fondo dagli oneri ipotecari, abbia acquistata la proprietà della cosa ipotecata. Imperocchè la buona fede accompagnata al giusto titolo, se la cosa fu alienata da chi non era proprietario, mette in grado il possessore di acquistare il dominio colla prescrizione dei 10 o 20 anni, e chi possiede in buona fede e con giusto titolo si ha dalla legge come padrone (5). Ma perchè il possessore possa giovarsi in faccia ai creditori ipotecari della prescrizione dei 10 o 20 anni, non gli bastano la buona fede e il giusto titolo secondo i principj del Codice Napoleone. Gli è necessaria altresì la trascrizione del titolo, onde ha causa il suo possesso. La trascrizione degli atti di alienazione, comecchè non necessaria giusta le massime del lodato Codice alla trasmissione della proprietà dei beni immobili, essendo però la

(1) Art. 2269.
(2) Art. 2268.
(3) Troplong, art. 2180, n. 880.
(4) N. 1157.
(5) L. 3, D. *De Public. in rem actione.*

formalità onde i terzi rimangono avvertiti del passaggio del fondo dall'alienante nell'alienatario, è saviamente voluta come il punto di partenza, dal quale incominciar deve la prescrizione dei privilegi e delle ipoteche in faccia ai creditori ipotecari (1). La disposizione generale dell'articolo 2235, secondo il quale per compiere la prescrizione può il possessore unire al proprio possesso quello del suo autore, è applicabile altresì al caso della prescrizione opponibile dal possessore al creditore ipotecario, perchè la prescrizione dei privilegi e delle ipoteche è subordinata dall'articolo 2180 alle stesse regole a cui soggiace quella del dominio. Tizio compra da Caio il fondo A ipotecato a favore di Paolo, e fa la trascrizione del suo contratto. Dopo cinque anni Tizio compratore vende lo stesso fondo a Seio. Passati altri cinque anni, il creditore Paolo intenta l'azione ipotecaria contro Seio terzo possessore del fondo ipotecato. Seio possiede da soli cinque anni, ma potendo in forza della disposizione del citato articolo unire il possesso proprio a quello del suo autore Tizio, e così compiere l'intero tempo dei 10 anni dalla trascrizione del contratto fatta da Tizio, è in diritto d'invocare il benefizio della prescrizione dei 10 anni, e di respingere la mossa azione ipotecaria. Seio che comprò il fondo da Tizio possiede con giusto titolo, ma se non fece la trascrizione del suo contratto potrà opporre la prescrizione dei 10 anni al creditore Paolo? Avendo Seio il diritto di unire al possesso proprio quello del suo autore Tizio, e non essendo la trascrizione necessaria alla trasmissione della proprietà e del civile possesso, ma unicamente il punto dal quale la prescrizione dei 10 anni comincia a decorrere; così io penso che Seio possa opporre a Paolo la prescrizione dei 10 anni quand'anche non abbia fatta la trascrizione del suo contratto, essendo in forza della congiunzione dei possessi la trascrizione fatta da Tizio il vero punto, dal quale hassi a misurare la prescrizione opponibile a Paolo. Il possesso di Seio è per finzione di legge la continuazione del possesso del primo possessore Tizio. Ma se Tizio non avrà fatta la trascrizione del suo contratto, allora Seio non potrà congiungere il possesso proprio a quello di Tizio, perchè dovendo la prescrizione dei 10 o 20 anni cominciare dal giorno, in cui il titolo fu trascritto sui registri del Conservatore, Seio nel supposto caso potrà cominciare soltanto il termine della

(1) Troplong, art. 2180, n. 883.

prescrizione dal giorno della trascrizione del suo contratto.

1159. Quando il possessore manca o di buona fede o di un giusto titolo, per Diritto Romano non può acquistare il dominio colla prescrizione dei 10 o 20 anni, ma deve ricorrere a quella dei 30, onde si prescrivono tutte le azioni personali e reali. E così il dominio si acquista colla prescrizione dei 10 o 20 anni, oppure con quella dei 30. Colla prima, quando il possessore ha in favor suo un giusto titolo e la buona fede. Colla seconda, quando al possessore mancano i requisiti della buona fede o del giusto titolo. In questo secondo caso però il possessore diviene padrone della cosa posseduta in quanto rimane estinta l'azione di rivendicazione competente al proprietario (1). Corre la stessa distinzione secondo i principj del Codice Napoleone. Imperocchè quegli che acquistò in buona fede e con giusto titolo un immobile ne prescrive la proprietà col termine di anni 10 o 20 secondo la disposizione del già citato articolo 2265; e prescrivendosi col termine di 30 anni tutte le azioni tanto personali che reali in forza della disposizione dell'articolo 2262, il possessore di un immobile, che non può giovarsi della prescrizione dei 10 o 20 anni, dopo 30 anni di pacifico possesso ne rimane proprietario (2). E siccome la prescrizione dei privilegi e delle ipoteche si acquista, riguardo ai beni posseduti da un terzo, col periodo di tempo stabilito per prescrivere il dominio in suo favore; così, come il terzo possessore, che ha l'appoggio del giusto titolo e della buona fede, prescrive i privilegi e le ipoteche gravitanti sul suo fondo col termine di 10 o 20 anni, il terzo possessore, al quale manca il requisito della buona fede o del giusto titolo, prescriverà i privilegi e le ipoteche col lungo termine dei 30 anni. Anche in ciò il Codice Napoleone si è attenuto ai principj della romana giurisprudenza, giusta i quali il terzo possessore prescriveva la libertà del fondo e quindi l'azione ipotecaria, onde poteva essere molestato, o col termine dei 10 o 20 anni, o con quello dei 30, secondo che era o no in buona fede e munito di titolo (3). Nel primo caso la prescrizione, come

(1) Brunnemannus ad L. 3, C. lib. 7, tit. 39, n. 8. — Voet, lib. 44, tit. 3, n. 6, 8 e 9.

(2) Troplong, *De la Prescription*, art. 2262, n. 819; art. 2228, n. 227; art. 2219, n. 13.

(3) Brunnemannus ad L. 3, C. lib. 7, tit. 39, n. 1.

quella che ha l'appoggio di un giusto titolo, decorre dal giorno in cui lo stesso titolo fu trascritto nei registri del Conservatore. Al contrario nel secondo, compiendosi la prescrizione senza alcun riguardo al titolo, comincerà necessariamente dal giorno in cui ebbe principio il possesso del terzo possessore (1).

1160. Dichiara l'articolo 2257 che la prescrizione non corre riguardo ad un credito dipendente da qualche condizione, sino a che la condizione siasi verificata; riguardo ad un'azione per la garanzia del contratto, sino a che abbia avuto luogo la evizione; e riguardo ad un credito a tempo determinato, sino a che sia scaduto tal tempo. Questa disposizione non è che un corollario del principio di romana giurisprudenza — *Contra non valentem agere nulla currit præscriptio.* — Quando si tratta della prescrizione di un credito opponibile dal debitore al creditore, è chiaro che la detta massima deve essere rigorosamente osservata. Imperocchè la prescrizione delle azioni personali essendo una pena imposta al lungo silenzio e alla negligenza del creditore, una tale negligenza può essere misurata soltanto dal giorno, in cui il creditore potè esperimentare la sua azione in giudizio (2). Ma è grave il dubbio, se sia applicabile altresì alla prescrizione delle azioni reali che si invoca dal terzo possessore, e su questo punto limiteremo le nostre osservazioni all'azione ipotecaria. Secondo il Diritto Romano è duopo distinguere, come già si disse più sopra (3), la prescrizione dei 30 anni da quella dei 10 o 20. Quest'ultima, essendo un benefizio accordato al possessore in vista del lungo possesso appoggiato alla buona fede e al giusto titolo, corre, secondo l'opinione dei migliori Interpreti, dal giorno dell'incominciato possesso, senza riguardo al giorno in cui poteva esercitarsi l'azione già competente al creditore, contro cui viene invocata la prescrizione (4). La prescrizione di lunghissimo tempo,

(1) Troplong, art. 2180, n. 883.

(2) Troplong, *De la Prescription*, art. 2257, n. 786.

(3) N. 1156.

(4) « Considerando che tanto per disposizione del Romano Diritto, quanto per quella de' posteriori Codici Francese e Parmense, chi acquista di buona fede e per giusto titolo un immobile ne prescrive la proprietà, e qualsiasi altro reale diritto col decorso d'anni 10 fra presenti, e con quello di 20 fra lontani;

» Che la buona fede si suppone sino a prova contraria, ed anche in

essendo puramente estintiva dell'azione competente al creditore, non incomincia che dal giorno in cui l'azione stessa si rese esercibile.

questo caso non basta che la mala fede sia presunta, ma vuol essere certa e indubitata;

» Che, ove i requisiti essenziali di tale prescrizione riducansi, come nel Romano Diritto, al titolo ed alla buona fede, essa prescrizione comincia a decorrere pel terzo detentore dal dì dell'acquistato possesso;

» Che la prescrizione decennale, cominciata prima della promulgazione del Codice Francese, deve, a termini dell'art. 2281 del Codice stesso, essere regolata in conformità delle antiche leggi, e che quindi, per decorrere, non abbisogna della trascrizione di cui è detto nel precedente art. 2180;

» Considerando, essersi molto questionato sotto le antiche leggi, se il terzo detentore poteva prescrivere l'azione d'ipoteca, non solamente nel caso generico di un debito condizionale, ma in quello speciale eziandio in cui il debitore abbia continuato a fornire la rendita o il censo: e se vi ebbero leggi e autorità per la negativa, fondate particolarmente sul noto principio — *Contra non valentem agere non currit præscriptio,* — non mancarono leggi, decisioni e autorità per l'affermativa fondate sull'altra massima, che è di pubblico interesse il non tener lungo tempo incerta la proprietà, e che al creditore non è tolto di esercitare, prima che siasi verificata la condizione, tutti gli atti tendenti a conservare il proprio reale dirtto, e quindi ad interrompere la prescrizione; massima colla quale consuona la disposizione degli articoli 1180 del detto Codice Francese, 1154 del Parmense; come consuonano pur anche le Leggi Romane nel Digesto 14 *De pignoribus,* 41 *De judiciis,* 27 *Pro socio*, ed altre;

» Che questa prescrizione, al dire de' sostenitori di quest'ultima dottrina, essendo fondata sul giusto possesso del terzo detentore pel tempo richiesto a prescrivere, senza aver egli avuto, nè da principio nè poi, alcuna conoscenza delle rendite od ipoteche gravitanti sull'immobile posseduto, questo ne rimane sgravato colla prescrizione, quand'anche per tutto il detto tempo sia stato il creditore soddisfatto di sue rendite dal debitor personale;

» Considerando in fatto che il fondo censito, contro cui ha rivolto il patrimonio dello Stato la sua azione, passò sino dal 1788 per titolo singolare dall'Angela Buzzetti, debitrice principale, in dominio di Benedetto Mazzola, dal quale ebbero poi causa i successivi compratori di detto fondo, Contessa Antonia Niccili e canonico D. Andrea Turni; così che quest'ultimo, al momento in cui detta azione venne promossa, contava fra il proprio e quello de'suoi autori un possesso non interrotto di oltre 37 anni;

» Che non vi è prova di mala fede nei detti terzi detentori, e conseguentemente si verificano ne' medesimi i requisiti necessari alla prescrizione decennale;

. . . .

» Che non dovendo l'amministrazione del patrimonio dello Stato

E ben a ragione non fa differenza il Diritto Romano tra l'azione personale e l'azione ipotecaria quanto al giorno, dal quale ha principio la prescrizione dei 30 anni, non essendo l'azione ipotecaria, contuttochè reale, che accessoria dell'azione personale, di cui segue la sorte e le vicende (1). Non è diversa dalla prescrizione romana di lungo tempo quella dei 10 o 20 anni del Codice Napoleone, e perciò io tengo per le stesse ragioni più sopra dette non essere a questa prescrizione applicabile la disposizione dell' articolo 2257 (2). Nè può dolersi il creditore, la cui azione è sospesa da una condizione, che il terzo possessore prescriva in pendenza il privilegio o l'ipoteca onde è gravato il fondo, perchè sull'appoggio dell'articolo 1180 può esercitare, prima che siasi verificata la condizione, tutti gli atti che tendono alla conservazione de' suoi diritti, e così interrompere la prescrizione con una intimazione o protesta giudiziale fatta al terzo possesore (3). E qui siami lecito contraddire al Troplong, il quale dà il vanto alla giurisprudenza francese di avere introdotto il rimedio dell'azione ipotecaria d'interruzione da esercitarsi dal creditore prima della verificata condizione all'unico scopo che sia riconosciuta la esistenza della ipo-

ignorare un tale passaggio, e saper dovendo quanto la legge dispone, e la più comune dottrina ritiene in fatto di prescrizione a favore del terzo possessore, anche pel caso in cui il debitor personale continui a pagare l'annua rendita, non era a lei tolto di fare contro il detentore medesimo a conservazione di sua ipoteca quell' atto conservatorio qualunque che valesse ad interromperla;

» Considerando infine che, se tanto i primi quanto i secondi Giudici ammisero l'opposta prescrizione tenendosi alla massima sovraesposta, non violarono propriamente alcuna legge del Romano Diritto; dapoichè, non essendovene alcuna che appositamente e chiaramente disponga il contrario, e non essendovi pur anche o decisioni sempre conformi, o conformità di opinioni ne' giureconsulti, come fu detto superiormente, che stabilissero in passato una contraria costante giurisprudenza, ciò basta per allontanare dalle due conformi denunziate sentenze la taccia di manifesta violazione, unica base legittima di un ricorso revisionale:

» Per questi motivi il Tribunale Supremo rigetta il ricorso interposto dall'amministrazione del patrimonio dello Stato — 17 febbraio 1837. » (V. Raccolta Niccolosi, vol. VII, anno 1837, pag. 47.)

(1) « Accedit ad personalem actionem et eam sequitur. » (Brunnemannus ad L. 1, C. lib. 7, tit. 4, n. 4.)

(2) Troplong, *De la Prescription*, art. 2257, n. 793 e 794.

(3) Troplong, art. 2180, n. 886, 887.

teca gravitante sul fondo del terzo possessore (1). Imperocchè anche gl'Interpreti del Diritto Romano appoggiati alla L. 2, C, *De ann. exceptione* insegnano che qualunque prescrizione può essere interrotta con una semplice denunzia o protesta prima che si possa dal creditore efficacemente esperimentare in giudizio l'azione pel pagamento del credito (2). Ma quando il terzo possessore, a cui manca il titolo o la buona fede, ricorre alla prescrizione dei 30 anni, in questo caso la disposizione del detto articolo 2257 non può non essergli applicabile, in quanto che la detta prescrizione, che corrisponde alla romana di lunghissimo tempo, è puramente estintiva dell'azione ipotecaria competente al creditore, il quale non può incorrere nella pena minacciata dalla legge alla sua negligenza, se non dopo che il credito dalla ipoteca garantito si rese esigibile.

1161. È certo che si può rinunziare alla prescrizione già acquistata (3); che la rinunzia può essere espressa o tacita; e che la rinunzia tacita risulta da un fatto il quale fa supporre l'abbandono di un diritto già acquistato (4). Ora domandano gl'Interpreti, se il terzo possessore rinunzia alla prescrizione facendo ai creditori inscritti le notificazioni prescritte dall'articolo 2183, o adempiendo alle formalità stabilite nell'articolo 2194 per la purgazione delle ipoteche legali dispensate dall'obbligo della inscrizione? Quanto al primo caso, pensa il Troplong (5) che le notificazioni fatte dal terzo possessore conformemente alla disposizione dell'articolo 2183 importano necessariamente una tacita rinunzia al diritto di opporre ai creditori, a cui furono fatte, la eccezione di prescrizione. Io non posso aderire a questa opinione. È libero il terzo possessore di fare o no il giudizio di purgazione

(1) « Ce double écueil des opinions qui divisaient les interprètes frappa nos anciens jurisconsultes, et pour y échapper, l'esprit français, ami de la confiance et du crédit bien plus que d'une aveugle docilité aux lois romaines, imagina l'action d'interruption par laquelle on concluait, même avant toute discussion du débiteur et des cautions, à ce que l'immeuble fût déclaré affecté à la dette. Par là la prescription était interrompue contre le tiers détenteur, et tous les droits garantis. » (Troplong, *De la Prescription*, art. 2257, n. 792.)

(2) Brunnemannus ad L. 2, C. lib. 7, tit. 40, n. 80.

(3) Art. 2220.

(4) Art. 2221.

(5) Art. 2180, n. 887 ter.

delle ipoteche gravitanti sul suo fondo, ma se ad un tale rimedio vuole appigliarsi, tutte deve adempiere rigorosamente le formalità a tal'uopo prescritte dal legislatore, e così fare le notificazioni a cui accenna l'articolo 2183. Queste notificazioni non sono un atto volontario, ma l'adempimento di una condizione imposta dalla legge al terzo possessore, che intende liberare la sua proprietà dai privilegi e dalle ipoteche che la gravano. Non può dunque da tali notificazioni trarsi alcuna prova di una presunta rinunzia alla eccezione di prescrizione, dovendo il tacito e presunto consenso dedursi da atti puramente spontanei che sieno la espressione necessaria ed incontrovertibile di una determinata volontà. È vero che il terzo possessore dichiarar deve colle dette notificazioni di esser pronto a soddisfare immediatamente ai debiti ed ai pesi ipotecari sino alla concorrenza del prezzo del fondo; ma con una tale dichiarazione si obbliga forse di pagare i debiti, qualunque sieno, inscritti al momento in cui viene fatta da lui la stessa dichiarazione? No certamente: egli si obbliga soltanto e promette di soddisfare ai creditori ipotecari che saranno utilmente graduati nel giudizio d'ordine. E infatti dispone l'articolo 2186 che omettendo i creditori di domandare l'incanto nel termine e nelle forme prescritte, il nuovo proprietario resta liberato da ogni privilegio od ipoteca, o pagando il prezzo ai creditori che saranno *nel grado di essere soddisfatti*, *o facendone deposito*. Tanto è vero che il terzo possessore non contrae l'obbligo di pagare i singoli creditori inscritti nel momento delle fatte notificazioni, che egli è in diritto, passato il termine assegnato per la dimanda degli incanti, di depositare il prezzo destinato al pagamento dei creditori che nel giudizio d'ordine saranno utilmente graduati. È falso che il possessore offrendo ai creditori inscritti il pagamento di ciò che può loro essere dovuto si chiuda la via, come asserisce il Troplong (1), ad opporre poscia la eccezione di prescrizione. Imperocchè l'offerta che fa il terzo possessore non è assoluta, ma subordinata alla tacita condizione che i creditori inscritti nel momento delle notificazioni ottengano un utile grado nel giudizio d'ordine. È verissimo che il terzo possessore, il

(1) Offrir aux créanciers le paiement de ce qui leur est dû hypothécairement, n'est-ce pas se fermer toute voie possible de prétendre ensuite que leurs droits hypothécaires sont prescrits? » (Troplong, art. 2180, n. 887 ter.)

quale fa il giudizio di purgazione, contrae un obbligo personale coi creditori inscritti; ma di qual natura è quest'obbligo? Il terzo possessore che intraprende il giudizio di purgazione non contrae altro obbligo che quello di pagare il prezzo del suo acquisto ai creditori che saranno utilmente collocati nel giudizio d'ordine. Anche nell'altro caso sopra indicato, cioè quando il terzo possessore fa il deposito e le notificazioni prescritte nell'articolo 2194, pensa il Troplong che ha luogo una tacita rinunzia alla eccezione di prescrizione (1). Le notificazioni, a cui accenna l'articolo 2194, non sono che una intimazione a chi vanta ipoteche legali di svelare col mezzo della inscrizione gli occulti diritti. Come può stare che la detta intimazione importi la rinunzia alla eccezione di prescrizione, se il terzo possessore al momento della stessa intimazione ignora se e quali ipoteche legali gravitino sul suo fondo?

1162. Finchè i beni ipotecati sono in potere del debitore, l'azione ipotecaria dura sino a tanto che vive l'azione personale (2). I modi ordinari pertanto, onde il creditore interrompe la prescrizione del suo credito, interrompono altresì la prescrizione dell'azione ipotecaria (3) indivisibilmente attaccata all'azione personale. Quando poi i fondi ipotecati passarono in mano di un acquirente, sebbene la prescrizione dell'azione personale estingua necessariamente l'azione ipotecaria anche in faccia al terzo possessore, non ostante che rispetto a quest'ultimo la prescrizione sia stata interrotta, non potendo mai l'azione ipotecaria sopravvivere all'azione personale (4), l'interruzione della prescrizione dell'azione personale non può mai aver forza d'interrompere la prescrizione dell'azione ipotecaria, come l'interruzione della prescrizione dell'azione ipotecaria non potrebbe in alcun modo interrompere la prescrizione dell'azione personale. Imperocchè in forza del passaggio dei fondi ipotecati dal debitore in un terzo possessore, l'azione personale rimane in certo modo staccata e divisa dall'azione ipotecaria, sebbene questa sia sempre dipendente dalla prima come l'accessorio dal principale (5). La interruzione della pre-

(1) Troplong, art. 2180, n. 887 ter.
(2) N. 1157, pag. 349.
(3) Troplong, art. 2180, n. 877, 883 bis.
(4) Troplong, art. 2180, n. 878 bis.
(5) Grenier, tome II, n. 509, 510.

scrizione dell'azione di dominio rispetto al terzo possessore è o naturale o civile. La naturale ha luogo, quando il possessore perde il possesso della cosa (1), e dichiara perciò l'articolo 2243 che la prescrizione rimane *naturalmente* interrotta, quando il possessore è privato per più di un anno del godimento della cosa o dal precedente proprietario, o anche da un terzo. Siccome pertanto il terzo possessore prescrive l'ipoteca nello stesso modo che prescrive il gius di dominio (2), ossia colla prescrizione dei 10 o 20 anni, o con quella dei 30; e siccome il requisito fondamentale delle due accennate prescrizioni è il possesso continuo e non interrotto a titolo di proprietà (3); così anche la prescrizione della ipoteca non può non essere naturalmente interrotta, quando il possessore viene privato per più di un anno del godimento della cosa ipotecata, perchè allora gli vien meno quella continuazione di possesso che è il fondamento della prescrizione tanto dei dieci o venti anni, quanto di quella dei trenta. La interruzione civile per Diritto Romano ha luogo colla contestazione di lite, ed anche colla semplice intimazione del libello prima altresì della detta contestazione di lite (4). Secondo l'articolo 2244 del Codice Napoleone la prescrizione è interrotta civilmente in virtù d'una citazione giudiziale, d'un precetto o d'un sequestro intimato a quello, cui si vuole impedire il corso della prescrizione. Se una citazione giudiziale ha forza d'interrompere la prescrizione, è chiaro che questa rimarrà interrotta civilmente colla intimazione fatta al terzo possessore di pagare il debito o di rilasciare l'immobile, colla quale il creditore appunto attua ed esercita il diritto d'ipoteca che gli compete sul fondo (5). È però certo che di questo modo d'interruzione allora solo può valersi il creditore quando il credito è già divenuto esigibile (6). Ora potrà il creditore interrompere la prescrizione prima della scadenza del

(1) Voet, lib. 41, tit. 3, n. 17 e 18.
(2) N. 1157, pag. 349, 350.
(3) Art. 2229.
(4) Voet, lib. 41, tit. 3, n. 19 e 20. — Brunnemannus ad L. ult. C. lib. 7, tit. 39, n. 5. — Voet, lib. 5, tit. 1, n. 149. — L. ult. C. *De ann. exceptione*. — Troplong, *De la Prescription*, art. 2244, n. 560.
(5) Troplong, art. 2180, n. 883 bis: — *De la Prescription*, art. 2244, n. 579.
(6) Persil, art. 2180, n. 44.

suo credito? Insegna il Voet che il creditore può sempre interrompere la prescrizione denunziando con una diffidazione al terzo possessore l'onere della ipoteca onde è gravato il fondo (1). In Francia anteriormente al Codice Napoleone si era introdotta l'azione di dichiarazione d'ipoteca, la quale esercitavasi contro il terzo possessore all'unico scopo di ottenere una sentenza dichiarativa del vincolo ipotecario gravitante sul fondo, e d'interrompere la prescrizione. Il Codice Napoleone non fa parola di quest'azione, ma di quella sola, onde il terzo possessore viene citato a pagare il debito o a rilasciare il fondo. Ad ogni modo non può per niun conto la detta azione di dichiarazione d'ipoteca aversi per incompatibile coi principj del Codice Napoleone, il quale dichiarando nell'articolo 2244 che la prescrizione è interrotta civilmente in virtù *d'una citazione giudiziale*, abbraccia con queste generali ed assolute espressioni qualunque azione, onde il terzo possessore è giudizialmente diffidato a dover riconoscere il vincolo ipotecario che lega il suo fondo (2). Poteva nascere il dubbio, se nel Sistema Ipotecario che ha per base la pubblicità, la inscrizione accesa all'Uffizio delle Ipoteche, come quella che fa noto ai terzi il diritto del creditore, dovesse considerarsi come un mezzo d'interruzione della prescrizione. Ma questo dubbio è stato tolto dallo stesso legislatore, il quale dichiara nell'articolo 2180 che le inscrizioni fatte eseguire dal creditore non interrompono il corso della prescrizione stabilita dalla legge a favore del debitore o del terzo possessore. E ciò a ragione. Imperocchè la interruzione della prescrizione allora solo deve aver luogo quando la persona, contro la quale può quando che sia esser mossa un'azione, viene esplicitamente interpellata o diffidata a dover riconoscere il diritto che potrà contro di lei esercitarsi; laddove la inscrizione si eseguisce senza alcuna interpellanza fatta al debitore o al terzo possessore, i quali non hanno alcun obbligo di visitare i registri ipotecari. Del resto la massima proclamata dall'articolo 2180, che cioè le inscrizioni fatte eseguire dal creditore non interrompono il corso della prescrizione, è in armonia colla disposizione dell'articolo 2244, secondo il quale la prescrizione è interrotta civilmente in virtù d'una citazione giudiziale, d'un precetto o d'un sequestro inti-

(1) N. 1156, pag. 347.
(2) Persil, art. 2180, n. 44. — Troplong, art. 2169, n. 780.

mato a quello, cui si vuole impedire il corso della prescrizione (1).

Dimandano gl'Interpreti, se rimane interrotta la prescrizione in pregiudizio del terzo possessore, il quale per liberare il proprio fondo dai privilegi e dalle ipoteche onde è gravato fa le notificazioni prescritte dall'articolo 2183. È facile la risposta. Se una citazione giudiziale fatta dal creditore al terzo possessore ha forza d'interrompere la prescrizione, a più forte ragione avrà luogo la interruzione, quando il terzo possessore fa ai creditori inscritti le notificazioni, di cui fa parola l'articolo 2183. Imperocchè colle dette notificazioni il terzo possessore previene spontaneamente l'azione ipotecaria onde può essere da un momento all'altro molestato dai creditori inscritti (2). Per la stessa ragione mi soscrivo all'opinione del Troplong, il quale tiene la stessa massima rispetto al terzo possessore, che adempie le formalità prescritte dall'articolo 2194 per liberare la sua proprietà dalle ipoteche legali non inscritte (3).

1163. Diversi sono gli effetti della sospensione della prescrizione da quelli della interruzione. La sospensione della prescrizione non cancella il tempo già maturato, il quale si congiunge, cessata la causa che tenne in sospeso la prescrizione, con quello che corre dopo la sospensione. Al contrario la interruzione cancella interamente il tempo prima corso, e chi vuol giovarsi della prescrizione deve ricominciarla di nuovo (4). La interruzione però, la cui azione è tutta sul tempo già corso, non può aver forza di cambiare il titolo, su cui si fonda il terzo possessore, il quale può ricominciare la prescrizione appoggiandosi allo stesso titolo. Se non che il terzo possessore, che cominciò la prescrizione dei 10 o 20 anni appoggiato alla sua buona fede e ad un giusto titolo, dopo l'avvenuta interruzione non può più ricominciare la stessa prescrizione dei 10 o 20 anni, ma è costretto a ricorrere alla più lunga dei 30. Imperocchè la interruzione, sebbene lasci intatto il giusto titolo, costituisce però in mala fede il terzo possessore, il quale perciò non può più ricorrere alla

(1) Troplong, *De la Prescription*, art. 2244 n. 582. — Persil, art. 2180, n. 44.

(2) Grenier, tome II, n. 516.

(3) Troplong, art. 2180, n. 883 bis.

(4) Brunnemannus ad L. 7, C. lib. 7, tit. 39, § 5, n. 21. — Troplong, *De la Prescription*, art. 2242, n. 536.

prescrizione dei 10 o 20 anni, della quale sono requisiti indispensabili il giusto titolo e la buona fede (1). Quanto poi alle cause che possono sospendere il corso della prescrizione dei privilegi e delle ipoteche, devono applicarsi i principj generali stabiliti nel capo IV del titolo XX. Imperocchè essendo la ipoteca un diritto prescrittibile, le stesse cause che hanno forza di sospendere la prescrizione dell'azione personale in faccia al debitore non possono non sospendere l'azione ipotecaria accessoria dell'azione personale di cui segue la sorte; e parimente le cause stesse che sospendono in faccia al terzo possessore la prescrizione del dominio, non possono non aver forza di sospendere altresì la prescrizione del gius d'ipoteca, che è dall'articolo 2180 assoggettato alle stesse regole, a cui è subordinata la prescrizione del gius di dominio. Mi rimango perciò dal discorrere delle singole cause, onde può rimanere in sospeso la prescrizione dei privilegi e delle ipoteche, per non ingolfarmi nell'esame delle massime generali che regolano la materia della prescrizione. Prima però di lasciare il tema della prescrizione non voglio passarmi di una questione che hanno fatta gl'Interpreti intorno alla disposizione dell'articolo 2252, tratti in errore dalla indivisibilità della ipoteca. Dispone quest'articolo che la prescrizione non ha luogo contro i minori e gl'interdetti, e tutti gl'Interpreti sono d'accordo nel sostenere che la massima stabilita dal detto articolo è applicabile altresì alla prescrizione di una ipoteca o di un privilegio (2). Ora supposto il caso che il creditore ipotecario venga a morire lasciando due eredi, l'uno maggiore e l'altro minore, alcuni Interpreti appoggiati alla indivisibilità della ipoteca hanno insegnato che la prescrizione della ipoteca, onde è garantito il credito, rimane in sospeso tanto riguardo all'erede minore, quanto al maggiore di età. Questa sentenza è a parer mio un manifesto errore. La ipoteca è certamente un diritto di sua natura indivisibile. Ma una tale indivisibilità non altro importa se non che sussiste per intero sopra tutti gli immobili gravati, sopra ciascuno di tali immobili, e sopra ogni parte di essi sino a che il credito sia totalmente soddisfatto. La ipoteca però, la quale è l'accessorio del credito da

(1) Troplong, art. 2180, n. 883 bis: — *De la prescription*, art. 2243, n. 538: art. 2250, n. 687 e 688.

(2) Persil, art. 2180, n. 44. — Troplong, art. 2180, n. 884.

essa garantito, non può in alcun modo cambiare la natura dello stesso credito, il quale come diritto principale non può subire dal suo accessorio una sostanziale modificazione e perdere il carattere suo proprio della divisibilità. E appunto perchè il credito è divisibile, si divide *ipso jure* per ministero di legge fra i diversi coeredi del defunto creditore (1), ed una tale divisione fa sì che il credito primitivo si trasforma in tanti piccoli crediti distinti e indipendenti, quante sono le persone dei coeredi. Dalla indivisibilità della ipoteca, che fu costituita a garanzia del defunto, altra conseguenza non deriva se non che ciascuna delle singole parti, in cui è stato diviso il credito, rimane garantita dalla stessa ipoteca gravitante su tutti i fondi ipotecati per l'intero credito. Che se dopo la morte del creditore tanti risultano i crediti, quante sono le persone dei coeredi, tra i quali il credito originario resta diviso, è chiaro che l'età minore di uno dei coeredi, la quale fa sospendere rispetto a lui la prescrizione della ipoteca onde è garantito il credito, non può in alcun modo aver forza di arrestare il corso della prescrizione rispetto al coerede maggiore di età, il cui credito già diviso è distinto e indipendente da quello del suo coerede.

1164. La prescrizione, se è un modo di estinzione delle ipoteche e dei privilegi costituiti sugli immobili, non può non esserlo altresì dei privilegi gravitanti sui mobili, i quali sono al pari dei primi un vincolo accessorio di una obbligazione. Se non che ai privilegi costituiti sui beni mobili può applicarsi soltanto la prima parte del n.° 4° dell'articolo 2180, nella quale è dichiarato che la prescrizione si acquista a vantaggio del debitore riguardo ai beni che si trovano in suo potere, trascorso quel periodo di tempo che è determinato per la prescrizione delle azioni che producono l'ipoteca o il privilegio. La seconda parte del detto n.° 4° è totalmente estranea ai privilegi, onde sono colpiti i beni mobili del debitore, in quanto che i privilegi di questa specie durano solo fino a che i beni gravati sono in potere del debitore, e si estinguono *ipso jure* senza bisogno del rimedio della prescrizione tostochè i detti beni passarono in mano di un terzo.

1165. Esauriti i modi di estinzione dei privilegi e delle ipoteche indicati nell'articolo 2180, dirò degli altri, di cui il detto

(1) L. 1, C. *Si unus ex plur. hered. creditoris.* — L. 6, C *Fam. erciscundæ.*

articolo non fa parola. È principio inconcusso di romana giurisprudenza che — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* — (1). Da questo principio discende la legittima conseguenza che quando si scioglie il diritto del proprietario che costituì l'ipoteca, questa altresì cessa e vien meno (2). Diverse Leggi del Digesto e del Codice confermano con parecchi esempi questa massima (3), la quale dipende dal principio che il creditore non può acquistare sul fondo a lui dato in garanzia maggiori diritti di quelli che competono al suo debitore (4), non potendo alcuno trasferire in altri diritti più forti di quelli, onde egli stesso trovasi investito (5). Gl' Interpreti insegnano che l' applicazione del principio — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* — deve aver luogo solo allora quando la causa della risoluzione è necessaria e indipendente dalla volontà dell'acquirente (6). A questa regola punto non bada il Vinnio, il quale contemplando il caso della risoluzione della vendita pel titolo di lesione, ammette che la causa della risoluzione è necessaria, e ciò nullameno sostiene dovere restar ferme le ipoteche costituite dal compratore (7).

(1) Brunnemannus ad L. 3, C. lib. 6, tit. 43, § 3, n. 17: — ad L. ult. C. lib. 8, tit. 24, n. 4.

(2) « Resoluto quoque jure ejus qui pignus dedit, creditori suum jus pignoris interire necesse est. » (Voet, lib. 20, tit. 6, n. 8.)

(3) « Si res distracta fuerit sic, *nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset*, fueritque tradita: et forte emtor, antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata. » (L. 3, D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur.*) — V. vol. III, art. 2125, n. 686, pag. 347.

(4) L. 3, § 1, D. *De pignoribus*.

(5) « Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet. » (L. 54, D. *De div. reg. Juris.*)

(6) Brunnemannus ad L. 3, D. lib. 20, tit. 6.

(7) « Quæritur an pignus ab emtore in eo fundo Sempronio constitutum resolvatur? Bartolus constanter negat. Baldus contra affirmat . . . . Nos hic pro Bartolo adversus Baldum stabimus . . . . . Neque tamen in hanc sententiam nos traxit Bartoli ratio, quasi, cum emtor quod deest justo pretio solvendo, restitutionem rei evitare potuerit, alienatio ista non sit necessaria, sed potius pro voluntaria habenda. Nam si hujus controversiæ decisio ex eo tantum dependeret, utrum quæ alienatio voluntaria, an necessaria censenda sit, in partes Baldi transirem: neque enim pro voluntario haberi debet, ad quod præstandum judicio conveniri et urgeri possumus, tametsi alterius rei præstatione nobis liceat defungi. » (Vinnii *Selectar. Jur. Quæst.* lib. 2, cap. 5.)

Pare anche a me che la causa che dà luogo alla risoluzione non possa fornire un criterio sicuro per decidere, se le ipoteche costituite dall'acquirente debbano restar ferme, o venire annullate. Infatti, quando il donatore domanda la revoca della donazione per l'ingratitudine del donatario, è certamente necessaria la causa che dà luogo alla risoluzione, derivando dal diritto accordato al donatore dalla legge intesa a punire la colpa del donatario. Eppure tutti i Dottori insegnano che la rescissione della donazione, a cui dà causa l'ingratitudine, non rende inefficaci le ipoteche costituite dal donatario. So bene che il Pardessus afferma che la risoluzione della donazione nel caso ora supposto è l'effetto diretto della volontà del donatario (1), e che perciò gli oneri reali costituiti dallo stesso donatario devono essere inviolabili. Ma quando la risoluzione fosse in questo caso l'effetto diretto della volontà del donatario, allora il Pardessus dovrebbe ammettere che anche la risoluzione, la quale ha luogo per l'inadempimento dei patti e condizioni della donazione, è l'effetto diretto della volontà del donatario. Imperocchè non può farsi alcuna differenza tra il donatario che manca ai patti della donazione e il donatario che si rende ingrato verso il donatore, essendo nell'un caso e nell'altro indiretta la volontà del donatario di rivocare la donazione. La intenzione di rivocare la donazione meglio anzi potrebbe argomentarsi dall'inadempimento delle condizioni imposte dal donatore che dall'ingratitudine del donatario. Il Vinnio pertanto, senza curarsi della causa che porta la risoluzione del dominio dell'ipotecante, insegna che il detto principio — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* — può solo applicarsi nei seguenti tre casi: 1° quando l'ipoteca fu costituita da chi aveva sulla cosa un dominio non pieno subordinato al diritto più forte che sulla cosa stessa competeva alla persona, in favore della quale si opera la risoluzione nei casi determinati dalla legge; 2° quando l'ipoteca venne imposta da un erede sopra un fondo lasciato dal testatore ad un legatario sotto una condizione sospensiva che si verifica; 3° quando il contratto di alienazione fu stipulato sotto una espressa condizione risolutiva (2). A me sembrano giustissime e chiarissime le accennate regole insegnate dal Vinnio. Solo mi par bene avvertire che l'ultima deve applicarsi al caso in cui il dominio

(1) Pardessus, *Des servitudes*, n. 318.
(2) Vinnii *Selectar. Jur. Quæst.* lib. 2, cap. 5.

fu alienato tanto sotto una espressa condizione risolutiva, quanto sotto una condizione risolutiva tacita, avendo le condizioni tacite egual forza che le espresse. Si può dunque stabilire colla scorta del Vinnio la seguente regola generale, cioè che l'assioma — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* — si applica solo allora che l'ipotecante aveva o un dominio meno pieno di sua natura risolubile nei casi determinati dalla legge, o un dominio pieno, ma risolubile o per comando della legge, o per la volontà del testatore, da cui ebbe causa, o in forza di una condizione risolutiva espressa o tacita, sotto la quale gli fu fatta la trasmissione del fondo. Quando si tratta dell'applicazione del principio — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis,* — non deve aversi riguardo soltanto ai rapporti esistenti tra l'alienante e l'alienatario, ma altresì all'interesse dei terzi. Imperocchè ripugna alla giustizia che chi si spogliò irrevocabilmente e con piena facoltà del dominio pieno di una cosa, possa quando che sia ricuperare il perduto dominio in pregiudizio dei diritti legittimamente acquistati dai terzi sulla cosa alienata. Il Codice Napoleone ha consacrato anch'esso il principio — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* — colla disposizione dell'articolo 2125 (1), e ne ha fatto l'applicazione in diversi casi, che passerò brevemente in rassegna.

Ad imitazione delle Leggi Romane, che accordavano agli eredi del sangue pregiudicati nel diritto di legittima la querela d'inofficioso testamento o d'inofficiosa donazione (2), ordinarono i Compilatori del Codice Napoleone (3) che le disposizioni, tanto fra vivi quanto per causa di morte, le quali eccederanno la porzione disponibile, saranno riducibili alla detta quota al tempo in cui si apre la successione, e che l'azione per la riduzione o per la rivendicazione potrà promuoversi dagli eredi contro i terzi detentori degli immobili formanti parte delle donazioni, ed alienati dai donatari, nella maniera medesima e collo stesso ordine che si potrebbe proporre contro i donatari medesimi, e previa l'escussione dei loro beni (4). Questo carattere di azione reale attribuito all'azione, onde si può chiedere nel detto caso la riduzione, im-

(1) Vol. III, n. 686, pag. 348.
(2) Voet, lib. 39, tit. 5, n. 36, 37: — lib. 5, tit. 2, n. 13 e 14. — Instit. lib. 2, tit. 18, § 3.
(3) Art. 920.
(4) Art. 930.

porta che il dominio delle cose donate è per volontà della legge, intesa a difendere e proteggere i diritti degli eredi legittimi, rivocabile e risolubile. E dalla risolubilità inerente al dominio trasferito nei donatari discende in forza del principio già da noi stabilito la legittima conseguenza che facendosi luogo alla risoluzione, la quale è in questo caso indipendente dalla volontà sì del donatario come del donatore, devono perdere ogni forza ed efficacia le ipoteche dal donatario costituite sui beni donati. Dichiara perciò l'articolo 929 che gl'immobili da ricuperarsi in conseguenza della riduzione, saranno liberi da ogni debito od ipoteca contratta dal donatario.

Per Diritto Romano le donazioni tra vivi erano rivocabili ad arbitrio del donante, se il donatario si rendeva verso di lui colpevole d'ingratitudine, e fra le cause d'ingratitudine poneva la legge l'inadempimento delle condizioni imposte dal donatore al donatario (1). Insegnano però gl'Interpreti che la revoca della donazione per causa d'ingratitudine non scioglie nè i contratti di alienazione delle cose donate fatti in buona fede dal donatario, nè le ipoteche da lui costituite, e ciò perchè il donatario potè liberamente disporre delle cose donate, onde fu a lui trasferito il pieno ed assoluto dominio (2). Il Codice Napoleone distingue (3) il caso della revoca della donazione tra vivi per l'inadempimento delle condizioni, sotto le quali fu fatta, da quello della revoca per l'ingratitudine del donatario. Questa distinzione è giustissima, perchè il donatario che non si cura di adempiere le condizioni a lui imposte dal donatore non solo si rende colpevole d'ingratitudine verso il donatore, ma manca ai patti della donazione, e così offende le leggi della rigorosa giustizia. Diverse ancora, giusta le disposizioni del Codice Napoleone, sono le conseguenze che derivano dalla revoca della donazione secondo che una tale

(1) L. 10, C. *De rev. donationibus*. — Voet, lib. 39, tit. 5, n. 22. — Brunnemannus ad L. ult. C. lib. 8, tit. 56, n. 5.

(2) « Et si donatarius res quasdam pignori obligaverit, illæ ex revocatione non nisi cum onere pignoris ad donantem revertuntur, sic ut donanti luitio incumbat; . . . . . . quia donatario non revocabile, sed irrevocabile perpetuumque dominium ex donatione quæsitum erat, non nisi ex nova superveniente ingratitudinis causa auferendum. » (Voet, lib. 39, tit. 5, n. 24.)

(3) Art. 953.

revoca ha luogo per inadempimento delle condizioni, o per ingratitudine. Imperocchè nel primo caso i beni donati ritornano in potere del donante liberi da qualunque peso ed ipoteca imposta dal donatario (1); laddove la revoca a titolo d'ingratitudine non pregiudica alle ipoteche o agli altri pesi reali che il donatario abbia potuto imporre sugli effetti donati anteriormente alla inscrizione che sarà stata fatta della copia della dimanda di revoca in margine alla trascrizione ordinata nell'articolo 939 (2). Queste disposizioni sono una legittima conseguenza della regola da noi qui sopra stabilita colla scorta del Vinnio per la retta applicazione del principio — *Resoluto jure dantis, resolvitur jur accipiantis.* — Infatti il donatore che ingiunge al donatario il carico di certe condizioni non intende trasferire nel donatario in modo assoluto ed irrevocabile il dominio delle cose donate, ma fa l'alienazione sotto la tacita condizione risolutiva dell'adempimento degli oneri apposti. Al contrario il donatore che fa la donazione puramente e senza alcun onere si spoglia di sua voglia in modo assoluto del dominio delle cose donate, e perciò l'ingratitudine del donatario, se al donante può attribuire il diritto di ricuperare il perduto dominio, non può aver forza di rendere irriti i diritti acquistati legittimamente dai terzi sulle cose donate, delle quali il donatario era divenuto assoluto padrone. Toccando questo medesimo punto nel terzo volume (3) dissi che la disposizione dell'articolo 958, giusta la quale la revoca a titolo d'ingratitudine non pregiudica alle ipoteche e agli altri pesi reali imposti dal donatario sugli effetti donati, costituisce una eccezione al principio generale — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* — Bene considerata la ragione di una tale disposizione, non può questa aversi propriamente in conto di una eccezione al detto principio, in quanto che il medesimo pei motivi già addotti non può estendersi ai casi, in cui il dominio fu dall'alienante trasferito nell'alienatario in modo assoluto e puramente.

La L. 8, C. *De revoc. donationibus* accordava al patrono che non avendo prole aveva fatta una donazione al proprio liberto, il diritto di rivocarla, quando dopo di questa gli fosse nato un figlio, e da questa Legge trassero gl'Interpreti la massima gene-

(1) Art. 954.
(2) Art. 958.
(3) Vol. III, n. 687, pag. 349.

rale combattuta però dal Voet, dal Vinnio (1), e da altri, che la sopravvenienza dei figli fosse sempre una giusta causa per domandare la revoca della fatta donazione, qualunque fosse il donatore. Sono a parer mio irrepugnabili gli argomenti addotti dal Voet e dal Vinnio contro l'interpretazione estensiva della citata Legge. È però certo che una tale interpretazione ottenne in ogni dove e in ogni tempo l'approvazione della maggior parte dei giureconsulti (2). Attenendosi a questa interpretazione i Compilatori del Codice Napoleone ordinarono nell'articolo 960 che tutte le donazioni tra vivi fatte da persone che non avevano figli o discendenti viventi al tempo della donazione, sono rivocate *ipso jure* per la sopravvenienza di un figlio legittimo del donante, o per la legittimazione di un figlio naturale col susseguente matrimonio, se però sia nato dopo la donazione. Nè a ciò solo rimasero contenti, ma colla disposizione dell'articolo 963 dichiararono altresì che i beni compresi nella donazione rivocata *ipso jure* ritorneranno nel patrimonio del donante, *liberi da qualunque peso ed ipoteca imposta dal donatario.* Io non posso far plauso a quest'ultima disposizione. Il donatore colla fatta donazione trasferì dal canto suo il dominio pieno ed irrevocabile delle cose donate nel donatario, il quale come assoluto padrone potè liberamente disporne in vantaggio dei terzi, i cui diritti legittimamente acquistati non devono rimanere sciolti ed annullati per un fatto accidentale posteriore alla fatta donazione. È certamente equa la disposizione dell'articolo 960, ma a parer mio pecca d'ingiustizia quella dell'articolo 963, e i Compilatori del lodato Codice avrebbero meritata assai lode, se anche al caso della revoca della donazione per la sopravvenienza di figli avessero estesa la giusta e saggissima massima stabilita nell'articolo 958 pel caso della revoca a titolo d'ingratitudine.

Il patto della ricupera, di cui parla la L. 2, C, *De pact. inter emt. et venditorem*, apposto nei contratti di compra e vendita, non dava luogo per Diritto Romano, secondo l'opinione dei migliori Interpreti, alla risoluzione del primitivo contratto, ma attribuiva al venditore una semplice azione personale per costringere il compratore a rivendergli la cosa per lo stesso prezzo, onde era stata alienata, a meno che però il patto non fosse stato con-

(1) Voet, lib. 39, tit. 5, n. 26. — Vinnii, Instit. lib. 2, tit. 7, § 2, n. 7.
(2) Brunnemannus ad L. 8, C. lib. 8, tit. 56, n. 7.

cepito coi termini propri delle condizioni risolutive (1). Perciò se il venditore faceva uso di un tal patto, non poteva farsi luogo alla applicazione del principio — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, — e le ipoteche costituite dal compratore rimanevano ferme ed incrollabili anche dopo che il venditore aveva ricuperata la cosa venduta (2). Il Codice Napoleone al contrario dà al patto della ricupera la forza ed il valore di una condizione risolutiva, come risulta chiaramente dalla disposizione dell'articolo 1662 (3), e dichiara perciò nell'articolo 1673 che quando il venditore rientra in possesso del fondo in virtù del patto di retratto, lo riprende esente da tutti i pesi ed ipoteche, onde il compratore lo avesse aggravato. Questa disposizione è certamente una logica conseguenza della risolubilità del dominio del compratore, perchè il principio — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* — non può non trovare la sua applicazione allora quando il dominio fu dal venditore alienato sotto una condizione risolutiva. Ma se i Compilatori del Codice Napoleone volevano efficacemente proteggere l'interesse del credito fondiario, che non può metter radice sopra una base mal ferma e vacillante, non dovevano cambiare il carattere attribuito dalle Leggi Romane al patto di ricupera.

Nel terzo volume accennai alla questione che si fa tra gl'Interpreti del Diritto Romano, se la rescissione della vendita per causa di lesione sciolga le ipoteche costituite sul fondo dal compratore (4). Il Codice Napoleone lasciò indecisa una tale importantissima questione. Il Pardessus parlando della estinzione delle servitù, a cui dà causa la risoluzione del dominio del costituente, ammette senza esitanza che le servitù imposte dal compratore rimangono annullate e sciolte, se la cosa venduta viene restituita al venditore che promosse l'azione di lesione, e ciò perchè una tale restituzione, sebbene volontaria, in quanto che potrebbe evitarsi col supplemento del giusto prezzo, non è però che l'effetto

(1) Vol. II, n. 300, pag 9. — Brunnemannus ad L. 2, C. lib. 4, t. 54, n. 11.
(2) Vinnii *Selectar. Jur. Quæst.* lib. 2, cap. 5.
(3) Vol. III, n. 688, pag. 355.
(4) Vol. III, n. 689, pag. 360.

indiretto della volontà del compratore (1). Io credo anzi necessaria la causa di una tale rescissione, come quella che deriva non già da un fatto dipendente dalla volontà del compratore, ma da un vizio inerente al contratto stesso di alienazione (2). Ma prescindendo dalla causa necessaria che produce la rescissione (3), porto opinione che quando il compratore molestato coll' azione di lesione restituisce la cosa al venditore, questi debba ricuperarla libera dai vincoli ipotecari, onde fu gravata dopo la vendita. Imperocchè secondo i principj del Codice Napoleone (4) la condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti sinallagmatici nel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione. La quale obbligazione può essere o inerente alla natura del contratto, o dipendente da una espressa stipulazione. La obbligazione di pagare il giusto prezzo è talmente naturale al contratto di vendita, che uno dei requisiti necessari alla sua essenza ed efficacia è il giusto prezzo, e la legge accorda appunto al venditore l'azione di lesione, perchè il contratto sia annullato, se il compratore a questa obbligazione del giusto prezzo non adempie. Non può dirsi perciò trasferito nel compratore il dominio pieno ed irrevocabile, mentre la vendita fu fatta sotto la tacita e legale condizione risolutiva del pagamento del giusto prezzo. Qualunque sia dunque l' opinione che su questo punto possa tenersi secondo i principj del Diritto Romano, pare a me che la risoluzione delle ipoteche costituite dal compratore debba ammettersi secondo i principj del Codice Napoleone, il quale ha consacrato la massima che la condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti sinallagmatici nel caso in cui una delle parti alla sua obbligazione non soddisfaccia.

Dal contratto di permuta, che era innominato *do ut des*, potevano per Diritto Romano essere materia soltanto le cose dei

(1) Pardessus, *Des servitudes*, n. 318.

(2) Pothier, *Du contrat de vente*, n. 372.

(3) Quando toccai questo punto sotto il cit. n. 689 del Vol. III mi appoggiai interamente sulla necessità della causa portante la risoluzione del contratto di vendita; ma mi sono convinto che la vera ed unica causa, onde si sciolgono le ipoteche costituite dal compratore che molestato dall'azione di lesione restituisce il fondo al venditore, è quella che ho indicata qui sopra sotto il n. 1165.

(4) Art. 1184.

contraenti proprie, e non le altrui, e perciò quando uno dei permutanti soffriva la evizione della cosa ricevuta in permuta poteva ripetere la cosa data coll' azione *condictio causa data non secuta* (1). La condizione risolutiva era quindi per natura del contratto inerente al contratto di permuta, e così il permutante che dava in permuta una cosa altrui acquistava necessariamente sulla cosa ricevuta in cambio un dominio risolubile. Da queste massime non si è allontanato il Codice Napoleone, il quale dichiara nell' articolo 1705 che il permutante, il quale ha sofferta la evizione della cosa ricevuta in permuta, può a suo arbitrio dimandare la rifusione de' danni ed interessi, o ripetere la sua cosa. Dalla regola pertanto da noi già stabilita più sopra colla scorta del Vinnio, giusta la quale si fa luogo all' applicazione del principio — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, — qualunque volta l' alienazione fu fatta sotto una condizione risolutiva espressa o tacita, discende la conseguenza che la cosa restituita al permutante, che soffrì la evizione della cosa ricevuta in permuta, deve restar libera e franca dalle ipoteche costituite dal possessore dopo il contratto di permuta. Per Diritto Romano diversi sono i principj che regolano il contratto di permuta da quelli che sono propri della compra e vendita, sebbene tra l' un contratto e l' altro esista una grandissima affinità e simiglianza. La differenza notevolissima che passa tra questi due contratti sta in questo che l' inadempimento per parte del compratore delle sue obbligazioni non dà luogo alla rescissione del contratto; laddove nella permuta, se l' uno dei permutanti manca alle condizioni del contratto, l' altro ha diritto di domandarne lo scioglimento. Ond' è che la condizione risolutiva è sempre sottintesa nel contratto di permuta, laddove in quello di compra e vendita deve essere per espresso patto stipulata. Da ciò deriva che nella compra e vendita il venditore, a cui non fu pagato il prezzo, non può domandare la rescissione del contratto (2). Ad un diverso sistema si è attenuto il Codice Napoleone, il quale dichiara nell' articolo 1654 che se il compratore

(1) Voet, lib. 19, tit. 4, n. 1 e 2. — L. 1, § 3, D. *De rer. permutatione.*

(2) L. 14, C. *De rescind. venditione.* — Brunnemannus ad L. 14, C. lib. 4, tit. 44, n. 2. — L. 12, C. *De rei vindicatione.* — Voet, lib. 19, tit. 1, n. 21.

non paga il prezzo, il venditore può domandare che la vendita venga disciolta. Questa disposizione non è che il corollario del principio generale stabilito nell'articolo 1184 che la condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti sinallagmatici nel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione. Che se la vendita è sempre fatta sotto la tacita condizione risolutiva che il compratore adempia alle sue obbligazioni, ne viene che il dominio in lui trasferito è necessariamente subordinato alla stessa condizione, ed è perciò rivocabile. Se dunque il compratore allora solo diviene proprietario irrevocabile della cosa comprata quando ha per parte sua soddisfatto alle obbligazioni del contratto, ove questo si sciolga ad istanza del venditore, verso il quale non ne furono osservati e mantenuti i patti, non può non farsi luogo all'applicazione del principio — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, — e così la cosa venduta ritornerà in potere del venditore libera e franca dei vincoli ipotecari, onde fu gravata dal compratore (1).

Dispongono gli articoli 1641 e 1643 che il venditore è tenuto a garantire la cosa venduta dai vizi occulti che la rendono non atta all'uso cui è destinata, o che talmente lo diminuiscono, che se il compratore gli avesse conosciuti o non l'avrebbe comprata, o avrebbe offerto un minor prezzo; e che è obbligato per i vizi occulti quando anche non gli fossero noti. Dispone inoltre l'articolo 1644 che il compratore, nei casi contemplati negli articoli 1641 e 1643, ha la scelta di rendere la cosa e farsi restituire il prezzo, o di ritenerla e di farsi rendere quella parte di prezzo, che sarà arbitrata dai Periti. Ora nel caso che il compratore sceglierà di rendere la cosa, rimarranno sciolte le ipoteche da lui costituite? Questo dubbio deve decidersi colla regola stabilita dalle Leggi Romane nel caso che il compratore faccia uso dell'azione *redibitoria*. La risoluzione del contratto è certamente il risultato e lo scopo di quest'azione, la quale si chiama appunto *redibitoria* perchè costringe il venditore a riprendere la cosa venduta (2). Ma ciò non pertanto rimangono ferme le ipoteche costituite dal compratore, ripugnando alla giustizia che quel medesimo compratore, a cui fu irrevocabilmente trasferito il pieno do-

(1) Vol. II, n. 423, pag. 207; n. 424, pag. 210; n. 425, pag. 213; n. 426, pag. 217.

(2) L. 21, pr., e L. 23, § 7, D. *De Aed. Edicto.*

minio della cosa venduta, possa far uso del diritto che la legge gli accorda di recedere dal contratto di alienazione e di abdicare il dominio della cosa sua in pregiudizio de' suoi legittimi creditori, a garanzia dei quali la cosa stessa fu da lui obbligata (1). E siccome il venditore, contro il quale il compratore esercita l'azione redibitoria, non può essere costretto a riprendere la cosa venduta, se questa non gli viene restituita nello stato di libertà, in cui si trovava nel momento della alienazione, quindi il compratore, che vuol far uso dell'azione redibitoria, ha l'obbligo di liberare e purgare la cosa da restituirsi dai vincoli ipotecari sulla medesima gravitanti (2). Come nel caso dell'azione romana redibitoria riman saldo il pegno costituito dal compratore appunto perchè la risoluzione della alienazione dipende dalla sola volontà dello stesso compratore (3); così devono restar ferme per la stessa ragione nei casi contemplati dai citati articoli del Codice Napoleone le ipoteche imposte dal compratore, dipendendo la risoluzione della alienazione dalla volontà libera del solo compratore, il quale del resto non potrà far uso del diritto di scelta accordatogli dalla legge, se non libererà la cosa comprata dai vincoli reali onde da lui medesimo fu gravata. Non possono i detti casi assimilarsi a quelli, a cui accennano gli articoli 1618 e 1620 (4). I casi, in cui il diritto di scelta è accordato al compratore dai due citati articoli 1618 e 1620, devono piuttosto paragonarsi a quello

(1) « Pignus manebit obligatum, etiamsi redhibitus fuerit servus. » (L. 43, § 8, D. *De Aed. Edicto.*) — L. 4, pr. D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur.*

(2) « Cum redditur ab emtore mancipium venditori, *de dolo malo* promitti oportere ei, Pomponius ait; et ideo cautiones necessarias esse; ne forte aut pignori datus sit servus ab emtore, aut jussu ejus furtum, sive damnum cui datum sit. » (L. 21, § 1, D. *De Aed. Edicto.*) — Voet, lib. 21, tit. 1, n. 4: lib. 20, tit. 6, n. 8.

(3) Brunnemannus ad L. 21, D. lib. 21, tit. 1, n. 3.

(4) « Se all'opposto, nel caso dell'articolo precedente, la quantità si trovi maggiore di quella che è stata espressa nel contratto, l'acquirente ha la scelta o di corrispondere il supplimento del prezzo, o di recedere dal contratto, se l'eccedenza oltrepassa la vigesima parte della quantità dichiarata nel contratto. » (Art. 1618.) — « Nel caso in cui, secondo il precedente articolo, vi è luogo all'accrescimento di prezzo per eccedenza di misura, il compratore ha la scelta, o di recedere dal contratto, o di supplire il prezzo, e ciò, cogli interessi, se ha ritenuto lo stabile. » (Art. 1620.)

a cui accenna l'articolo 1681, onde al compratore, contro il quale il venditore leso oltre i sette duodecimi nel prezzo del fondo domanda la rescissione del contratto, è concessa la scelta o di restituire la cosa, o di pagare il supplimento al giusto prezzo. La risoluzione del contratto sì nel caso dell'articolo 1681, come in quello degli articoli 1618 e 1620, sebbene dipendente dal diritto di scelta accordato dalla legge al compratore, è però sempre il risultato di una causa necessaria, in quanto che ha luogo in conseguenza dell'azione intentata dal venditore leso, a cui fu pagato un prezzo minore del giusto. La necessità sola però della causa, che produce la risoluzione del contratto nei casi contemplati dagli articoli 1618, 1620 e 1681, non basterebbe, come ho già avvertito più sopra, ad annullare le ipoteche costituite dal compratore per la ragione già detta che le ipoteche allora solo devono sciogliersi, quando l'ipotecante aveva un dominio soggetto ad una condizione risolutiva espressa o tacita. Nei casi dei citati articoli la risoluzione del dominio appunto deve portare lo scioglimento delle ipoteche, perchè secondo i principj del Codice Napoleone la vendita è fatta sotto la condizione risolutiva sottintesa che il compratore adempia alle sue obbligazioni, e così a quella, che è la principale, del pagamento del giusto prezzo. La condizione risolutiva sottintesa per volere di legge nei contratti sinallagmatici rende rivocabile il dominio trasferito nell'alienatario, e accadendo la risoluzione non può non farsi luogo al principio — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis,* — e così cader devono le ipoteche da lui costituite. La condizione risolutiva non era sottintesa secondo i principj del Diritto Romano nel contratto di compra e vendita, e perciò la risoluzione delle ipoteche allora solo poteva aver luogo quando la vendita era stata fatta sotto una espressa condizione risolutiva. Credo perciò giustissima la opinione del Vinnio, il quale sostiene la efficacia delle ipoteche costituite dal compratore non ostante la risoluzione del contratto avvenuta in conseguenza dell'azione di lesione intentata dal venditore. Ma tengo una diversa sentenza secondo i principj del Codice Napoleone, costretto dalla fatale condizione risolutiva sottintesa nei contratti sinallagmatici, condizione che rende necessariamente rivocabile il dominio dell'alienatario sino a che abbia egli soddisfatto a tutte le obbligazioni del contratto. Riepilogando concludo: perchè si possa applicare il principio — *Resoluto jure*

dantis, resolvitur jus accipientis, — e così svanir debbano le ipoteche costituite dal possessore, è necessario: 1° che la risoluzione avvenga per una causa necessaria, cioè o *ipso jure,* o sia il risultato di un'azione intentata dall'alienante contro l'alienatario; 2° che il dominio dell'ipotecante sia di sua natura rivocabile e risolubile o per comando del legislatore, o per la volontà del testatore, o in forza di una condizione risolutiva espressa o sottintesa alla quale fu vincolata la trasmissione della proprietà. In altri termini si può stabilire la massima generale che la risoluzione del dominio dell'ipotecante allora solo può aver forza di annullare le costituite ipoteche quando della stessa risoluzione è causa necessaria una condizione risolutiva espressa o tacita, sotto la quale passò il fondo nelle mani dell'alienatario. Il credito fondiario non può avere vita prospera e rigogliosa, se non ha per base una proprietà solida e durevole. Imperocchè debole, mal sicura ed incerta è la garanzia del credito, se la proprietà datagli in pegno traballa e vacilla. E chi è sì stolto che voglia contentarsi di una ipoteca costituita su di un fondo, di cui il debitore ha un dominio rivocabile ed incerto, se questa ipoteca può quando che sia venir meno e svanire prima che sia al creditore restituito il sovvenuto capitale? Se il credito fondiario si lega coi più vitali e preziosi interessi dei cittadini, se la prosperità di questo credito è uno dei bisogni più urgenti della società, pensino i moderni legislatori a sopprimere o almeno a restringere a pochi casi la facoltà di chiedere la risoluzione dei trasmessi dominj. E se loro non talenta questa radicale riforma, la quale domanda necessariamente l'abolizione della condizione risolutiva tanto tacita, quanto espressa nei contratti di alienazione dei beni immobili, almeno, se loro cale della floridezza del credito fondiario, non indugino a sanzionare la massima che la risoluzione del dominio non trarrà seco lo scioglimento delle ipoteche imposte dal possessore, salvo al proprietario, che ricupera la cosa alienata, il diritto di costringere l'alienatario a liberare dai vincoli ipotecari la gravata proprietà.

1166. Un altro modo, onde si estinguono il pegno e l'ipoteca giusta l'insegnamento dato da Marciano nella L. 8, pr. D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solvitur,* è la perenzione della cosa gravata. Imperocchè il pegno e l'jpoteca essendo un diritto reale radicato su di una cosa mobile od immobile, non possono più

aver vita, se del diritto reale perisce il soggetto che lo regge e sostiene. La ipoteca del Codice Napoleone ed i privilegi tanto sui beni mobili quanto sugli immobili sono anch' essi un diritto reale non diverso nella sua sostanza da quello che avevano secondo i principj del Diritto Romano il creditore pignoratario ed il creditore ipotecario sulle cose mobili od immobili che ne erano il soggetto. Il principio perciò stabilito da Marciano nella citata Legge, non ostante il silenzio dell' articolo 2180, non può non essere in vigore. Se dunque un incendio distruggerà la casa, sulla quale il creditore ha un diritto d' ipoteca o un privilegio, la vampa delle fiamme divoratrici consumerà altresì il diritto ipotecario del disgraziato creditore. E se il debitore aveva assicurata la casa data in ipoteca contro i pericoli e i danni degli incendi, il creditore ipotecario nessun diritto di prelazione potrà esercitare sulla somma dovuta a titolo d' indennità dalla Compagnia assicuratrice, la qual somma dovrà distribuirsi come cosa mobile per contributo tra i creditori chirografari del padrone della casa incendiata. Imperocchè i creditori ipotecari, che hanno un diritto reale sulla cosa ipotecata, hanno altresì a preferenza dei creditori chirografari un diritto assoluto sul prezzo ricavato dalla vendita, come quello che rappresenta la cosa; laddove la somma dovuta nel caso dell' incendio dalla Compagnia assicuratrice non è già il prezzo della casa distrutta dall' incendio, ma è semplicemente il correspettivo di quel contratto aleatorio, onde si obbligarono da una parte il proprietario di pagare annualmente una data somma alla Compagnia, e questa dall' altra di ristorare lo stesso proprietario dei danni che gli potranno essere cagionati da un incendio (1).

1167. Secondo il principio stabilito da Marciano nella citata L. 8, pr. D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur,* l' ipoteca costituita su di un usufrutto si estingue, ove venga meno e svanisca il diritto dell' usufruttuario, che ne la impose. Ora fra i modi, onde l' usufrutto si estingue, vi ha quello della consolidazione, ossia riunione nella stessa persona delle due qualità di usufruttuario e di proprietario (2). Se pertanto l' usufruttuario acquista la proprietà della cosa al suo usufrutto soggetta, si estinguerà anche in questo caso la ipoteca sul detto usufrutto costituita? Il

(1) Vol. I, n. 17, pag. 17.
(2) Art. 617. — Voet, lib. 7, tit. 2, n. 2. — *Instit.*, lib. 2, tit. 4, § 3.

Troplong pensa che la cessazione dell' usufrutto, la quale avviene in forza della consolidazione, non può nuocere ai diritti dei creditori ipotecari, ai quali lo stesso usufrutto fu dato in ipoteca (1). Io nel volume terzo (2) sostenni la opinione contraria, e qui la confermo. Se colla consolidazione l' usufrutto svanisce, come potrà durare in vita la ipoteca del creditore, mentre il soggetto, su cui era costituita, andò in dileguo? Dichiara perciò Giuliano nella L. 17, D. *Quib. mod. ususfr. vel usus amittitur*, che se l' usufruttario acquista la proprietà della cosa lasciata a Tizio sotto condizione, verificandosi questa, ha Tizio il diritto di avere la cosa libera dall' usufrutto che rimase estinto in forza della consolidazione. So bene che alcuni Interpreti chiamarono iniqua la decisione di Giuliano, e che a questa si ribellarono (3); ma la equità, come m' insegna lo stesso Troplong, non può fornire al giureconsulto un giusto motivo per non piegare il capo all' autorità di una decisione fondata sui principj del Diritto (4). Quando dell' usufrutto è accaduta la morte, qualunque sia la causa che la produsse, il diritto del creditore ipotecario non può sopravvivere, a meno che non si voglia per miracolo mantenere in vita un diritto d' ipoteca senza l' appoggio della cosa che ne era il subbietto e il fondamento. Non importa che la cosa soggetta all' usufrutto conservi la sua esistenza, perchè possa reggersi in vita il diritto del creditore, cui fu dato dall' usufruttuario in ipoteca il semplice diritto dell' usufrutto. Lo scioglimento della ipoteca è la conseguenza inevitabile della morte di quel diritto incorporale, su cui era costituita, e il creditore che si con-

(1) Troplong, art. 2180, n. 891.

(2) Vol. III, n. 571, pag. 83.

(3) « Hanc legem iniquitatis post alios accusat hic Groenwegen. Certe spinosa magis est, quam æqua. » (Brunnemannus ad L. 17, D. lib. 7, tit. 4, n. 2.) — « Ita sane Juliano placuit ex summo juris rigore; cui tamen vix est, ut hodiernis moribus inhæreatur; ac proinde post conditionem legatæ proprietatis existentem ex æquitate reviviscere Mævio oportere usumfructum, quasi medio tempore proprietatem nactus non fuisset, jure contendit post Molinœum, Mornacium aliosque Groenwegen. » (Voet, lib. 7, tit. 4, n. 2.)

(4) « Quelle que soit la répugnance qu'on puisse avoir à prononcer une déchéance sévère, il faut s'y résigner pour sauver les principes, dont il n'est pas permis de s'écarter en droit, sans ouvrir la porte au plus violent arbitraire. » (Troplong, art. 2161, n. 758.)

tentò di una sì labile garanzia deve rassegnarsi alla fatal perdita. Forse alcuno crederà ch' io voglia, come ho fatto già più d' una fiata, suggerire al legislatore una riforma su questo punto, la quale soccorrendo equamente all' interesse del povero creditore, mantenga in vita l' ipoteca nel caso di cui ora discorro, non ostante che la consolidazione abbia estinto l' usufrutto su cui era radicata. Ma la riforma ch' io oso proporre è un pò più ardita e tanto ch' io temo che non pochi le faranno il broncio. Ad ogni modo non mi starò dal sottoporre alla saviezza degli illuminati legislatori una idea, che mi par degna di essere maturamente meditata. La ipoteca è un diritto reale costituito sulla cosa altrui, e come tale ha bisogno di un soggetto durevole e fermo che la sostenga e sorregga. E il credito che dall' ipoteca trae vita non si chiama appunto *fondiario*, in quanto che la proprietà immobile senza alcun riguardo alla persona del debitore ne è il fondamento? Ora come mai questo credito fondiario può avere a soggetto capace non un bene immobile, ma un diritto incorporale, quale si è l' usufrutto, che vive colla persona dell'usufruttuario, e con essa si muore (1)? Non si dica che il Codice Napoleone dichiara bene immobile l' usufrutto costituito sulla proprietà immobile (2). La immobilità viene per finzione di legge attribuita all' usufrutto solo per un riguardo all' oggetto, cui il medesimo si riferisce; ma per natura sua l' usufrutto è e sarà sempre un diritto incorporale. Anche le servitù prediali, e le azioni che tendono a rivendicare un immobile, sono beni immobili per l'oggetto cui si riferiscono. Eppure la legge nè le une nè le altre fece capaci del gius d' ipoteca. L'usufrutto è un diritto talmente inerente alla persona dell' usufruttuario, che la sapienza dei romani giureconsulti non dubitò di metterlo nel numero delle servitù personali (3). Ed una servitù personale, che si estingue colla morte naturale o civile dell' usufruttuario, e colla riunione nella stessa persona delle due qualità di usufruttuario e di proprietario (4), potrà essere soggetto capace ad una ipoteca? Potrà un diritto

(1) « Incorporales sunt, quæ tangi non possunt: qualia sunt ea, quæ in jure consistunt, sicut hereditas, ususfructus. » (*Instit.*, lib. 2, tit. 2, § 2.)

(2) Art. 526.

(3) « Personales servitutes præcipue tres sunt, ususfructus, usus et habitatio. » (Voet, lib. 7, tit. 1, n. 2.)

(4) Art. 617.

costituito su di una cosa che al debitore non appartiene, dar vita e alimento a quel credito fondiario, che dalla proprietà immobile prende nome e carattere? Io per me credo inconciliabile il diritto dell'usufrutto con quello della ipoteca, e faccio voti che i legislatori moderni vogliano dichiarare suscettibili d'ipoteca i soli beni immobili che sono in commercio, ed i loro accessorj riputati come immobili.

1168. La perenzione della cosa estingue tanto la ipoteca, quanto i privilegi costituiti sui mobili, o sugli immobili, perchè sì la ipoteca come i privilegi non possono sussistere senza l'appoggio di una cosa che li sorregga. Ma può darsi che la cosa non perisca, ma cambi semplicemente la sua forma. In questo caso quale sarà la sorte della ipoteca, quale quella dei privilegi? Esaminiamo prima questo punto riguardo alla ipoteca e ai privilegi costituiti sugli immobili. Marciano nella L. 16, § 2, D. *De pignoribus* stabilisce il principio generale che la mutazione della cosa ipotecata non altera la ipoteca sopra la medesima costituita (1). Ma dagli esempi nella detta Legge recati puossi con tutta ragione argomentare che Marciano accenna alla mutazione delle cose immobili ad ipoteca sottoposte (2). Il Brunnemanno infatti commentando la detta Legge riporta il principio di Marciano coi seguenti termini: « Mutatio qualitatis fundi, v. g. si ex domo fiat hortus, non tollit hypothecam. » È chiara la ragione del principio posto da Marciano, quando si riferisca ai beni immobili. La ipoteca infatti o è costituita su di un edifizio o su di un'area. Nel primo caso colpisce necessariamente anche il suolo, che dell'edifizio è la base e il sostegno. Se dunque l'edifizio crolla, la ipoteca non può non restar radicata sul suolo che riman fermo (3). Nel secondo caso la ipoteca estender si deve anche all'edifizio, che viene innalzato sull'area, perchè l'edifizio per diritto di accessione segue il suolo, su cui è basato (4). Es-

(1) « Si res hypothecæ data, postea mutata fuerit, æque hypothecaria actio competit. » (L. 16, § 2, D. *De pignoribus*.)

(2) « Veluti de domo data hypothecæ, et horto facta. » (L. 16, § 2, D. *De pignoribus*.)

(3) » Domo pignori data, et area ejus tenebitur: est enim pars ejus. » (L. 21, D. *De pigneratitia*.)

(4) « Omne quod inædificatur solo cedit. » (L. 7, D. § 10, D. *De adquir. rer. dominio*.)

sendo la ipoteca del Codice Napoleone necessariamente costituita su beni immobili, deve a questa applicarsi l'anzidetto principio di Marciano, e si può quindi tenere per massima incontrastabile che i privilegi costituiti sugli immobili e le ipoteche non possono venir meno per la mutazione avvenuta nel fondo gravato; e ciò perchè quando si tratta di beni immobili la mutazione della cosa non può mai distruggere il soggetto, su cui il privilegio o l'ipoteca era radicata. Credo che su questo punto non possa nascere alcun dubbio. È poi inutile l'avvertire che il creditore, il quale aveva ipoteca su di una casa, la quale ruina o per vetustà o per un terremoto, non può in alcun modo esercitare la sua ipoteca sui materiali, ond'era costrutta. Imperocchè non componendo più questi la casa già caduta, ripresero la primiera natura di beni mobili (1) non capaci d'ipoteca, e il loro prezzo deve essere distribuito per contributo tra i creditori chirografari del comun debitore (2).

1169. Diciamo ora della mutazione, a cui possono andar soggetti i beni mobili capaci di privilegio. Per Diritto Romano quando si tratta del pegno costituito su di una cosa mobile, la quale va soggetta ad una mutazione, si fa la seguente distinzione. O la mutazione è tale, che la cosa trasformasi in una nuova specie che non si può più ridurre allo stato di prima, e allora il pegno svanisce, perchè manca in realtà la cosa che ne era il subbietto (3). O la mutazione non trasforma la cosa in una nuova specie, oppur anche la nuova specie può ridursi all'antica, e allora il pegno dura, non potendo dirsi in questi due casi mancata e perita la cosa, sulla quale il pegno era stato costituito (4). Il Voet ammette anch'esso che quando la cosa data in pegno si trasforma in una nuova specie, la quale non può più ridursi all'antica forma, il pegno si estingue; ma limita l'applicazione di questa massima al caso, in cui la nuova specie sia stata fatta da un estraneo, il quale ne sia divenuto il proprietario. Egli pensa che la decisione della L. 18, § 3, D. *De pigneratitia*

(1) Art. 532.

(2) Troplong, art. 2180, n. 889. — Persil, art. 2180, n. 8.

(3) L. 18, § 3, D. *De pigneratitia.*—L. 26, pr. D. *De adquir. rer. dominio.*

(4) L. 78, § 4, e L. 88, pr., § 1 e § 3, D. *De legatis* 3.—Troplong, art. 2099, n. 109, 110.

non è riferibile al caso, in cui la mutazione della forma sia stata fatta dallo stesso debitore, il quale conservi il dominio della nuova specie (1). Non mi pare ammissibile la interpretazione del Voet, come quella che è contraria al testo della L. 18, § 3, D. *De pigneratitia*, la quale in termini generali ed assoluti, senza distinguere se la nuova specie sia stata fatta dal proprietario della materia o da un estraneo, se la proprietà della nuova specie appartenga al primo proprietario o pure all'estraneo che la formò, decide che la mutazione della forma estingue il pegno. L'accennata distinzione conforme ai principj della romana giurisprudenza non può ripetersi secondo le massime del Codice Napoleone, il quale, quando si tratta della formazione di una nuova specie, punto non bada, se la materia possa o non possa riprendere la sua prima forma (2). Se giusta i principj del Diritto Romano la mutazione della forma estingue il pegno allora soltanto che la nuova specie non può più ridursi all'antica, è forza il dire che i privilegi sui mobili del Codice Napoleone dureranno sempre in vita, qualunque della forma sia la mutazione. La quale come non spegne mai il dominio del proprietario della materia, sebbene questa non possa più riprendere la sua prima forma, molto meno può sciogliere i diritti del creditore privilegiato (3).

1170. La confusione è un altro modo, onde si spengono i privilegi e le ipoteche. La ipoteca è, al pari dell' usufrutto, un diritto reale costituito sulla cosa altrui, e come il padrone non

(1) « Præter fructus ea insuper, quæ rebus obligatis accesserunt, obligata censentur . . . . . Id quoque, quod ex re pignorata factum est, si modo nova species in pristinam materiam reduci possit; vel ad pristinam quidem materiam reduci nequeat, sed vel ab ipso materiæ domino, vel per alium sed domini nomine facta sit, sic ut ipsi materiæ domino nova species aquisita fuerit. Ac proinde quod a Paulo in L. 18 § 3, D. *De pigneratitia* traditum est, *sylva obligata* navem ex ea materia factam non esse pignori . . . . . ita demum admittendum existimo, si per extraneum ex sylva obligata navis facta sit, atque ita dominium navis extraneo quæsitum. Nam si ad dominum sylvæ navis quoque dominium pervenerit, nulla ratio est, cur non et navis in causa pignoris esset; ne alioquin in debitoris potestate esset, suo solo facto, formæ mutatione, id efficere, ne res amplius pignori sit. » (Voet, lib. 20, tit. 1, n. 4.) — Voet, lib. 20, tit. 6, n. 14.

(2) Art. 570.

(3) Vol. I, n. 248, pag. 265.

ha e non può avere l'usufrutto sulle cose proprie (1); così il creditore non può avere ipoteca sul fondo che gli appartiene in proprietà (2). Come pertanto dal principio che l'usufrutto non può essere costituito sulla cosa propria, discende la legittima conseguenza che il medesimo si estingue allora quando l'usufruttuario acquista la proprietà della cosa al suo usufrutto soggetta (3); così dal principio che la ipoteca non può essere costituita su di una cosa appartenente in proprietà al creditore, ne deriva come corollario che la ipoteca si spegne e si scioglie tostochè lo stesso creditore diviene padrone della cosa a sua garanzia ipotecata (4). Anche secondo i principj del Codice Napoleone l'usufrutto si estingue colla consolidazione (5), ossia quando l'usufruttuario acquista la proprietà della cosa al suo usufrutto soggetta. Ed essendo tanto la ipoteca, quanto i privilegi, sieno questi costituiti sui mobili, o sugli immobili, giusta il lodato Codice, un diritto essenzialmente radicato sulla cosa altrui, perciò sì questi che quella devono necessariamente rimanere sciolti ed estinti, quando il creditore diviene padrone della cosa vincolata a garanzia del suo credito. La confusione adunque, sebbene di questa non faccia motto l'articolo 2180, è uno dei modi legittimi e naturali, onde si sciolgono i privilegi e le ipoteche.

1171. Ma se si risolverà il titolo, che trasferì nel creditore la proprietà della cosa vincolata a sua sicurezza, i diritti ipotecari dello stesso creditore, che erano rimasti estinti, ritornano in vita; e ciò perchè la risoluzione della vendita importa una restituzione in intero, che rimette le cose e i diritti dei contraenti al primiero stato (6). Perchè però la reviviscenza dei diritti del creditore abbia luogo, non basta che per qualunque siasi titolo il debitore ricuperi la proprietà della cosa allo stesso creditore alienata; ma è assolutamente necessario che avvenga una vera risoluzione del contratto, il

(1) L. 5, D. *Si ususfr. petatur.*

(2) « Neque pignus . . . . . rei suæ consistere potest. » (L. 45, D. *De div. reg. Juris.*) — « Non intelligitur quis suæ rei pignus contrahere. » (L. 33, § 5, D. *De usurpationibus.*) — Voet, lib. 20, tit. 6, n. 1.

(3) L. 17 e L. 27, D. *Quib. mod. ususf. et usus amittatur.* — L. 4, D. *Usuf. quem. caveat.*

(4) N. 1124, pag. 223.

(5) Art. 617.

(6) N. 1124, pag. 224.

quale cagionò la morte dei diritti ipotecari del creditore, in quanto che la detta reviviscenza può essere il risultato soltanto di una restituzione in intero, la quale accade appunto colla risoluzione di quel contratto, che diede causa alla estinzione dei diritti del creditore ipotecario. E con questa distinzione è facile e naturale la conciliazione della L. 10, pr. D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur* colla L. ult. C. *De remis. pignoris* (1), colla quale ultima Legge Giustiniano decide che il creditore, che una volta rinunziò al proprio diritto d'ipoteca prestando il suo assenso alla vendita del fondo ipotecato fatta dal debitore, non può più ricuperare il perduto diritto, quand'anche il debitore riacquisti l'alienata proprietà. Imperocchè la decisione di Giustiniano si riferisce al caso, in cui il debitore che fece l'alienazione diviene di bel nuovo padrone della cosa alienata per uno dei modi legittimi, onde si acquista la proprietà della cosa altrui (2); laddove la L. 10, pr. D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur* contempla il caso, in cui mediante la restituzione in intiero che avviene per la risoluzione del contratto di alienazione, il debitore viene rimesso nel possesso e nel dominio della cosa alienata. Tengasi dunque per certo che la risoluzione del contratto di alienazione, col quale rimasero spenti i diritti del creditore ipotecario, fa rivivere gli stessi diritti già estinti.

1172. Vediamo, se di questa massima può farsi l'applicazione nel caso della dazione *in solutum* fatta al creditore del fondo ipotecato a sua garanzia. Il Voet non esita a dichiarare che quando il creditore primo, a cui fu dal debitore alienato il fondo ipotecato, viene molestato con azione ipotecaria da un secondo creditore, rivivono i diritti del primo creditore (3).

(1) N. 1151, pag. 329.

(2) Brunnemannus ad L. ult. C. lib. 8, tit. 26.

(3) « Uti ex adverso, si creditor antiquior pignus non auctione publica sed privatim a debitore comparaverit, liberum reliquis est adversus eum hypothecaria agere, et pignus evincere. Quo tamen casu creditori antiquiori, cui jam per emptionem domino facto desierat res pignori esse, dum rei suæ pignus non subsistit, jus suum pignoris cum prælatione ita reviviscit, quasi nulla pignoris emtio intervenisset; cum etiam re ipsa emtio per hypothecariam a posteriore intentatam et evictionem subsecutam hactenus infirmetur, atque ita eventus docuerit, revocabile tantum dominium creditori primo fuisse quæsitum; quo fit, ut ablato dominio pristina jura redintegrentur L. 1, C. *Si ant. creditor.* » (Voet, lib. 20, tit. 15, n. 10.)

Anche il Troplong pensa che secondo i principj della romana giurisprudenza ha luogo nel supposto caso la reviviscenza dei diritti del primo creditore. Il Voet si fonda nella L. 1, C. *Si ant. creditor*. Il Troplong nella L. 46, D. *De solutionibus*, e nella L. 8, C. *De sent. et interlocutoriis* (1). Io sono di contrario parere. La L. 1, C. *Si ant. creditor* (2) non fa rivivere i diritti del creditore, ma si limita ad accordare per equità allo stesso creditore che soffre la evizione, la facoltà di opporre il benefizio di ritenzione, al quale non avrebbe egli bisogno di ricorrere, quando gli fossero rinati i primitivi diritti. La L. 46 poi, a cui si appoggia il Troplong, suppone il caso che il debitore di una specie dia in pagamento al suo creditore una specie diversa da quella a cui si era obbligato, e dichiara che se il creditore soffre la evizione della cosa a lui data *in solutum*, il diritto di lui rivive (3). Ma perchè in questo caso rivive il diritto del creditore? È chiara la ragione. Rivive, perchè quando il debitore dà una specie in luogo di un'altra, il contratto è una permuta, il quale di sua natura si risolve e dà luogo all'azione *causa data non sequuta*, quando uno dei permutanti soffre la evizione della cosa ricevuta in permuta. Al contrario quando il debitore di quantità dà al suo creditore *in solutum* un fondo, ha luogo un contratto di compra e vendita, ed è certo che secondo i principj del Diritto Romano il compratore che soffre la evizione della cosa a lui venduta non ha diritto di domandare la risoluzione del contratto, ma di intentare semplicemente l'azione personale *emti*. Neppure la opinione del Troplong può trovare un appoggio nella L. 8, C. *De sent. et interlocutoriis* (4). Imperocchè, siccome la dazione

(1) « Voilà donc le principe trouvé. C'est dans les lois 46, D. *De solutionibus*, et 8, C. *De sent. et interlocutoriis.* » (Troplong, art. 2180, n. 853.)

(2) « Cum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit, vel vendiderit: non magis tibi persecutio ademta est, quam si aliis easdem res debitor vendidisset. Sed ita persequens res obligatas audieris, si, quod eidem possessori propter præcedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris. » (L. 1, C. *Si antiquior creditor.*)

(3) « Si quis aliam rem pro alia volenti solverit, et evicta fuerit res, manet pristina obligatio. » (L. 46, D. *De solutionibus.*)

(4) « Libera quidem Theodora, quam ex emtionis causa, vel in solutum creditori traditam proponis, pronunciata: . . . . quanti tua interest, emti, si emisti: vel ob debitum reddendum, si in solutum data est, repetere non prohiberis. » (L. 8, C. *De sent. et interlocutoriis.*)

in solutum fatta in soddisfazione di un debito di quantità si risolve nella compra e vendita e dà luogo all' azione *emti* nel caso di verificata evizione; così le parole della citata Legge — *quanti tua interest, emti, si emisti* — devono riferirsi tanto al caso che Teodora, che viene dichiarata libera con sentenza, sia stata venduta al creditore, quanto al caso che a lui sia stata data in pagamento di un debito di quantità; e le altre — *vel ob debitum reddendum, si in solutum data est, repetere non prohiberis* — devono riferirsi al caso che Teodora fosse stata data *in solutum* di una specie dovuta dal debitore (1). Così la L. 8, C. *De sent. et interlocutoriis* è pienamente in armonia, e si concilia colla L. 46, D. *De solutionibus*. Dà alla mia opinione una luminosa conferma la L. 4, C. *De evictionibus*, la quale accennando al caso della dazione *in solutum* fatta per un debito di quantità accorda al creditore, che soffre la evizione, la semplice azione *emti* propria del contratto di compra e vendita (2). La mia opinione trova ancora una conferma nella L. 24, pr. D. *De pigneratitia* (3), ove è detto che se il creditore per rescritto del Principe viene messo in possesso della cosa datagli in pegno, e soffre la evizione, non può intentare l' azione contraria pigneratizia contro il suo debitore, essendo rimasto estinto il pegno nel momento che il creditore acquistò il possesso e il dominio della cosa che ne era il soggetto, e deve piuttosto muovere contro il debitore l'azione utile *ex emto*, la quale spetta al creditore che soffre la evizione della cosa a lui data *in solutum* per un debito di quantità. Riceve finalmente un' ulteriore conferma dalla L. 1, C. *De rer. permutatione*, dalla quale risulta che al creditore, che soffre la evizione della cosa datagli *in solutum,* compete l'azione per ripetere la cosa propria solo allora che il contratto di dazione *in solutum* si risolve in un contratto di permuta (4). Il Troplong

(1) « Dationem in solutum pro quantitate et pecunia videri emtionem, et agi de evictione. Sed si pro specie aliquid detur in solutum, remanet pristina actio. » (Brunnemannus ad L. 8, C. lib. 7, tit. 45, n. 3.)

(2) N. 1134, pag. 284.

(3) N. 1134, pag. 283.

(4) « Si cum patruus tuus venalem possessionem haberet, pater tuus pretii nomine (licet non taxata quantitate) aliam possessionem dedit, idque quod comparavit, non injuria Judicis nec patris tui culpa evictum est: ad exemplum ex emto actionis, non immerito id, quod tua interest, si in

risponde alle citate tre Leggi ed ecco in che modo. Dice esso che la L. 4, C. *De evictionibus* accorda bensì al creditore, che ha ricevuto *in solutum* un fondo in pagamento del suo credito di quantità, l'azione *emti* nel caso di patita evizione, ma che da questa Legge non si può inferire che gli sia negata l'azione del suo credito. Conclude perciò che il creditore avrà una doppia azione, cioè l'azione *emti*, e l'azione derivante dal suo credito rinato a nuova vita (1). Nessuno potrà menar buona questa risposta. La citata Legge accorda in termini assoluti una sola azione al creditore che soffre la evizione, cioè l'azione *emti*. Con qual fondamento può il Troplong attribuire al creditore oltre l'azione *emti* l'antica azione derivante dal credito? Invano il Troplong per cavar fuori a favore del creditore una doppia azione, cioè l'azione *emti* e quella derivante dal credito, tenta di combinare la L. 4, C. *De evictionibus* colla L. 46, D. *De solutionibus*, e coll'altra L. 8, C. *De sent. et interlocutoriis*. Imperocchè la L. 4, C. *De evictionibus* parla della dazione *in solutum* fatta per un credito di quantità, ossia del caso in cui la dazione *in solutum* è un contratto di compra e vendita; laddove la L. 46, D. *De solutionibus* accenna alla dazione *in solutum* che veste il carattere di permuta, cioè al caso in cui una cosa viene data in luogo di un'altra (2). Lo stesso è a dirsi della L. 8, C. *De sent. et interlocutoriis*, la quale, quando nell'ultima parte accorda l'azione primitiva al creditore che soffre la evizione della serva Teodora dichiarata libera con una sentenza, suppone evidentemente, come già si è avvertito, che Teodora fosse stata data al creditore in pagamento di un'altra specie a lui dovuta (3). Non è di maggior rilievo la

patris jura successisti, consequi desideras. At enim si, cum venalis possessio non esset, permutatio facta est, idque, quod ab adversario præstitum est, evictum est; quod datum est, si hoc elegeris, cum ratione restitui postulabis. » (L. 1, C. *De rer. permutatione.*)

(1) Troplong, art. 2180, n. 850.

(2) « Dedi Stichum pro Pamphilo, hic evincitur, quæritur an mihi detur pristina actio? Videtur quod illa sit consumta, per L. 24, D. *De pigneratitia*. Sed resp. ibi pro pecuniario debito datur in solutum species, ubi est datio in solutum, et sic emtio. Ergo re evicta datur actio emti, non pristina, sed hic est permutatio. » (Brunnemannus, ad L. 46, D. lib. 46, tit. 3.)

(3) « Vendidisti mihi Theodoram, vel, cum deberes jumentum, illam in solutum dedisti, sed hæc postea in libertatem asseritur, et fertur pro ea

risposta che fa il Troplong alla L. 24, D. *De pigneratitia*. Suppone Ulpiano in questa Legge che un creditore, il quale ottenne per rescritto del Principe il possesso e il dominio del pegno, abbia sofferta la evizione, e domanda se questo creditore potrà intentare contro il debitore l' azione contraria pigneratizia? Dalle parole onde è concepita la risposta deduce il Troplong che Ulpiano parla dello scioglimento del pegno in forma di dubbio, e che ricorre all' azione *emti*, la quale incontrastabilmente compete al creditore, per ischivare su questo punto una assoluta decisione (1). Mi fa meraviglia che il Troplong, che nelle sue Opere celebratissime si è mostrato profondo conoscitore del linguaggio dei Romani Giureconsulti, abbia potuto dare una simile spiegazione alle parole della citata Legge — *Videtur finita esse pignoris obligatio.* — Tutti sanno che il *videtur* non è sempre una formola dubitativa (2), e che di questa si valgono i Romani Giureconsulti, non meno dottissimi che modestissimi, allora che si fanno ad esprimere i loro giudizi e pronunziano le loro sentenze e decisioni. Dirà forse il Troplong che Ulpiano esprime un semplice dubbio quando dichiara nella L. 11, pr. D. *De pigneratitia* — *Solutum non videtur, si lis contestata cum debitore sit de ipso debito?* — E quando dice nella stessa L. § 5 — *Videtur autem tacite et cum domino ædium hoc convenisse, ut non pactio cœnacularii proficiat domino, sed sua propria?* — Taccio d' infiniti altri testi che potrei recare in campo per confutare la

sententia, quæ transit in rem judicatam . . . . . Habeo actionem ex emto in priori casu, quando mihi vendidisti, vel actionem pristinam ad jumentum in secundo casu, quia nihil videtur solutum, ergo reliqua est pristina actio. » (Brunnemannus ad L. 8, C. lib. 7, tit. 45, n. 1.)

(1) « Le jurisconsulte commence par dire qu'il semble que le contrat hypothécaire a été éteint, et qu'il y a eu abandon de ce même contrat. Cette solution est donnée sous la forme du doute; et, sans l'approfondir davantage, Ulpien s'attache à une autre raison, qui doit invinciblement faire triompher celui qui le consulte: c'est que, dans tous les cas, il a l'action utile *ex emto*. » (Troplong, art. 2180, n. 851.)

(2) « Interdum significat firmum animi judicium, et ponitur pro censere, statuere, placere . . . . . . Hac ratione in decretis, et senatusconsultis, et sententiis Judicum adhibebatur: ut modeste suam sententiam ostenderent, et imperiose jubendi invidiam vitarent. » (Forcellini sotto la parola *videor*, n. 8 e 9.)

proposizione del Troplong (1). È pure da rigettarsi la risposta che fa il Troplong alla L. 1, C. *De rer. permutatione*. Egli dice (2) che questa Legge non parla della conversione di una prima obbligazione in un'altra posteriore, che non fa parola di novazione, e che non ha altro scopo che di indicare le azioni risultanti dal solo ed unico contratto stipulato tra le persone nella stessa Legge indicate. Ammette che questa Legge fa gran differenza tra la vendita e la permuta quanto alle azioni che nascono nel caso di evizione dall'uno e dall'altro contratto, ma dice che la medesima non si occupa della diversità che passa tra la vendita e la permuta quando si tratta di far rivivere una obbligazione estinta mediante una dazione in pagamento equivalente o ad una vendita o ad una permuta. Se non ho le traveggole agli occhi, la risposta del Troplong sente di sofisma. Quando Tizio che vuol vendere una data specje, dà questa specie a Caio, che in luogo del prezzo gli dà in pagamento un'altra cosa, in realtà ha luogo una vendita secondo la intenzione delle parti. Perciò se l'acquirente soffre la evizione della cosa acquistata, la L. 1, C. *De rer. permutatione* gli accorda semplicemente l'azione *emti*, e punto non gli attribuisce l'azione per riavere la cosa propria, perchè questa fu data come un surrogato del prezzo che da lui doveva pagarsi, e non potè aver forza di cambiare la natura del contratto di compra e vendita cui ebbero in vista i contraenti. Ond'è che il contratto supposto nella prima parte della Legge viene a risolversi in un doppio contratto, cioè di vendita rispetto alla cosa data da Tizio, e di dazione *in solutum* per un debito di quantità rispetto alla cosa data da Caio, perchè quest'ultima in realtà venne data in pagamento del prezzo reclamato da Tizio. E se Caio che soffre la evizione della cosa alienata da Tizio non può valersi che dell'azione *emti*, e non può dimandare la restituzione della cosa da lui medesimo data in pagamento coll'azione che nella seconda parte della stessa Legge viene accordata al solo permutante che soffre la evizione della cosa acquistata a titolo di permuta, è chiaro che nella detta Legge trova l'opinione del Voet e del Troplong uno scoglio insuperabile. La dazione in *solutum* fatta per un credito di quan-

(1) L. 6, § 1, D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur.* — L. 27, D. *De pigneratitia.*

(2) Troplong, art. 2180, n. 851.

tità è una vera vendita (1), nella quale il debitore fa le parti di venditore, e il creditore quelle di compratore. Ora secondo i principj della romana giurisprudenza è certo che la evizione che soffre il compratore non dà luogo alla risoluzione del contratto. Dunque quando il creditore patisce la evizione della cosa datagli in pagamento del suo credito non potrà dimandare la risoluzione del contratto, ma potrà agire soltanto coll' azione *emti* per la emenda della evizione. Se non può aver luogo per la verificata evizione la risoluzione del contratto, non potrà più rivivere l'azione primitiva del credito, la quale rimase estinta irrevocabilmente colla dazione *in solutum*, che è una vera compra e vendita.

Ma se alla opinione del Troplong non mi associo quando insegna che secondo i principj della romana giurisprudenza la evizione della cosa data in pagamento di un credito di quantità fa rivivere l' azione del credito estinto, a lui pienamente aderisco quando giudica una tale reviviscenza conforme ai principj del Codice Napoleone (2). La quale è una conseguenza, come più sopra ho avvertito (3), della condizione risolutiva sempre sottintesa nei contratti sinallagmatici nel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione. Se non che è d' uopo avvertire che quando una delle parti, che stipularono il contratto sinallagmatico, non adempie alla propria obbligazione, il contratto non è sciolto *ipso jure;* ma la parte verso cui la obbligazione non fu eseguita, ha la scelta o di costringer l' altra all' adempimento della convenzione, o di domandarne lo scioglimento unitamente ai danni ed interessi (4). Da ciò deriva a parer mio la conseguenza che quando il creditore soffre la evizione del fondo datogli in pagamento del suo credito, la reviviscenza dell' azione propria del credito estinto non può aver luogo *ipso jure*. Verificandosi la evizione, l' antico credito rivive, dirò così, in potenza, ma in atto la reviviscenza non può aver luogo, se il creditore non dimanda giudizialmente la risoluzione del contratto di dazione in pagamento. Il creditore nella dazione in pagamento veste la qualità di compratore, e però quando ha sofferta la evizione, ha diritto di valersi dell' azione accordata dall' articolo 1630 a qualunque

(1) L. 4, C. *De evictionibus.*
(2) Troplong, art. 2180, n. 854.
(3) N. 1140, pag. 304.
(4) Art. 1184.

compratore. Se invece di giovarsi dell'azione che la legge concede col citato articolo al compratore che soffre la evizione della cosa acquistata, vuole intentare l'azione del suo credito, allora deve domandare la risoluzione del contratto di dazione in pagamento; perchè avendo un tale contratto estinto il credito, l'azione primitiva dello stesso credito potrà rivivere solo allora che sarà dichiarata la risoluzione del contratto della dazione in pagamento. Se però il creditore soffre la evizione del fondo datogli *in solutum* non già in forza di un'azione di rivendicazione intentata dal vero proprietario, ma in conseguenza dell'azione ipotecaria promossa da altri creditori, che lo obbligarono o al rilascio del fondo o a subirne la espropriazione coattiva, in questo caso non ha duopo di domandare lo scioglimento del contratto di dazione in pagamento, perchè la reviviscenza dei primitivi diritti gli è accordata *ipso jure* dalla legge colla disposizione dell'articolo 2177.

1173. Quali saranno gli effetti della reviviscenza dei primitivi diritti del creditore che sofferse la evizione del fondo datogli in pagamento? Il Troplong facendosi a misurare gli effetti di una tale reviviscenza s'abbandona a non poche distinzioni (1). Io non seguirò le sue orme, e mi sbrigherò su questo punto con poche parole. La ipoteca è di sua natura un diritto esercibile in concorso dei terzi, o siano questi gli acquirenti dei beni ipotecati, o gli altri creditori del comun debitore. Se la reviviscenza dei diritti del creditore non deve essere illusoria, il medesimo non può non avere la facoltà di esercitare la sua ipoteca in faccia a tutti quelli, in concorso dei quali avrebbe potuto esperimentarla, se la dazione in pagamento non avesse avuto luogo. O la ipoteca rinata del creditore graviti sul solo immobile dato in pagamento, o si estenda ad altri beni del debitore, o sieno questi beni rimasti in potere dello stesso debitore, o sieno passati nel dominio di terzi possessori, o concorrano col creditore, che fa uso della ipoteca rinata, creditori anteriori alla dazione in pagamento, o creditori alla medesima posteriori, nulla rileva a parer mio. La reviviscenza dei diritti del creditore, che soffre la evizione del fondo datogli in pagamento, è il risultato immediato e necessario della risoluzione del contratto, alla quale dà causa la sofferta evizione. E siccome la risoluzione di un contratto rimette le cose nello stato in cui prima si trovavano come se il contratto stesso non

(1) Troplong, art. 2180, n. 853.

avesse mai avuto luogo (1); così il creditore che soffre la evizione del fondo dato in pagamento ricuperando i primitivi diritti non può non avere la facoltà di esercitarli in faccia a quei creditori e possessori, in concorso dei quali avrebbe potuto farli valere, se la dazione in pagamento non fosse mai stata fatta. Se non che il sistema della pubblicità a cui furono sottoposte le ipoteche porta una importantissima modificazione al diritto ricuperato dal creditore di esercitare la primitiva ipoteca. Imperocchè la ipoteca, o dipenda da una legittima convenzione, o derivi da una sentenza, o nasca immediatamente dalla legge, non è più che un diritto in potenza, che solo può attuarsi e rendersi efficace col mezzo della inscrizione (2), dalla quale deve misurarsene il grado (3). Se la inscrizione della rinata ipoteca è sempre viva, la reviviscenza dei diritti del creditore non può non dargli il diritto di ottenere il primitivo suo grado. Ma se la inscrizione andò perenta per mancanza di rinnovazione, o fu cancellata in conseguenza della dazione in pagamento, onde fu soddisfatto il credito, il creditore che ricuperò la perduta ipoteca non può avere altro diritto che di accendere una nuova inscrizione, la quale sarà la misura del grado che gli dovrà essere assegnato. Rinasce certamente colla risoluzione del contratto di dazione in pagamento il diritto del creditore che sofferse la evizione del fondo assegnato, ma una tale risoluzione non può aver forza di tornare in vita una forma materiale, quale si è quella della inscrizione, rosa e consunta o per fatto dell' uomo o dalla falce del tempo. La distrutta inscrizione, senza la quale non può aver valore la rinata ipoteca, deve rifarsi dal creditore, il cui grado potrà misurarsi soltanto dalla data della nuova inscrizione. Che se i beni gravati dalla ipoteca rinata saranno passati in potere di un terzo possessore, che colla trascrizione del contratto di alienazione oppose una barriera insormontabile ai creditori non inscritti, in tal caso la reviviscenza dei perduti diritti tornerà vana ed inutile al creditore, a cui è tolta la facoltà di mettere in atto con una novella inscrizione la

(1) « Il est de la nature de toutes les restitutions contre un acte, que les parties soient remises au même état qu'elles étaient auparavant. » (Pothier, *Des Obligations*, n. 257.)

(2) Troplong, art. 2154, n. 726 bis. — Grenier, tome I, n. 229. — Persil, art. 2134, n. 1.

(3) Troplong, art. 2180, n. 857.

ricuperata ipoteca (1). Ma rispetto al fondo, di cui viene risoluta la dazione in pagamento, rispetto ai beni che trovansi in potere del debitore, e rispetto finalmente ai beni passati in mano di alienatari, che non si diedero il pensiero di fare la trascrizione dei loro contratti, il creditore, di cui rivivono le spente azioni, sarà sempre in tempo e in diritto di accendere una nuova inscrizione misuratrice del grado che dovrà essergli assegnato, sia che la primitiva inscrizione sia andata in dileguo per mancanza di rinnovazione, sia che sia stata coll' assenso dello stesso creditore soddisfatto colla dazione in pagamento cancellata e distrutta. Imperocchè la eseguita cancellazione non spegne il diritto della ipoteca, ma distrugge semplicemente la forma della inscrizione, la quale potrà essere nuovamente accesa quantunque volte il diritto della ipoteca, di cui la inscrizione è una semplice veste, comecchè necessaria, rinasce a nuova vita (2).

1174. La ipoteca essendo un diritto reale riman ferma ed inalterabile anche dopo l' alienazione del fondo ipotecato (3). Ma l' obbligo della pubblicità, a cui furono assoggettate le ipoteche, portò una rilevante modificazione al diritto del creditore ipotecario nel caso di alienazione del fondo ipotecato. Imperocchè il fondo gravato passa coll' onere della ipoteca o del privilegio nell' alienatario, sì veramente che il diritto del creditore trovisi inscritto, ed al contrario tanto la ipoteca quanto il privilegio rimangono spenti pel fatto solo del passaggio del dominio in un terzo possessore, se la luce della inscrizione non brilla nel momento della seguita alienazione. Tale è la sorte dei privilegi e delle ipoteche nel caso di alienazione del fondo ipotecato secondo i principj del Codice Napoleone. Ma a questi derogò il Codice di Procedura, come altre volte fu avvertito, colle disposizioni degli articoli 834 e 835, giusta i quali i creditori ipotecari possono inscrivere i loro privilegi e le loro ipoteche anche dopo che il fondo ipotecato passò nel dominio del terzo possessore, semprechè la inscrizione sia accesa entro 15 giorni dalla trascri-

(1) N. 1125, pag. 229: n. 1140, pag. 305.

(2) Troplong, art. 2180, n. 857, 858, 863, 864, 866, 867.

(3) « Si te non remittente pignus, debitor tuus ea, quæ tibi obnoxia sunt, venumdedit: integrum tibi jus est ea persequi: » (L. 1, C. *De prec. et Salviano.*) — Art. 2114, 2166

zione del contratto di alienazione. Si può dunque stabilire il principio che l'alienazione dei beni ipotecati non estingue nè le ipoteche, nè i privilegi radicati sui beni immobili, i quali solo possono rimanere liberi e franchi coi rimedi legali, onde è dato al terzo possessore di sciogliere la sua proprietà dagli oneri ipotecari, che la tengono schiava e vincolata. Un opposto principio corre riguardo ai privilegi costituiti sui beni mobili. Imperocchè il Codice Napoleone ha coll'articolo 2119 sanzionata la massima che i diritti reali ipotecari non sono esercibili contro i terzi possessori dei beni mobili alienati. Coll'appoggio della quale disposizione è forza proclamare la massima che l'alienazione dei beni mobili estingue *ipso jure* i privilegi sui medesimi costituiti, salvo il diritto di rivendicazione accordata al proprietario della casa o del fondo affittato, e al venditore di effetti mobili nei casi contemplati negli articoli 2102 n° 1° e n° 4°.

1175. L'articolo 2180 del Codice Napoleone indica quattro modi, onde si estinguono i privilegi e le ipoteche. A questi il Codice delle Due Sicilie aggiunge nell'articolo 2074 la risoluzione del diritto di colui che ha costituito la ipoteca (1).

1176. Il Codice di Parma ripete negli articoli 2249, 2250 e 2251 le massime stabilite nell'articolo 2180 del Codice Napoleone. Se non che dispone sapientemente nell'articolo 2249 che la rinunzia del creditore alla ipoteca o al privilegio deve essere *espressa;* e quanto alla prescrizione per riguardo a' beni posseduti da un terzo dichiara nell'articolo 2250 in termini assoluti che i privilegi e le ipoteche si estinguono con quella medesima

(1) « I privilegi e le ipoteche si estinguono

1° coll'estinzione dell'obbligo principale;

2° colla rinunzia del creditore all'ipoteca;

3° coll'adempimento delle formalità e condizioni prescritte a' terzi possessori per render liberi i beni da essi acquistati;

4° colla risoluzione del diritto di colui che ha costituito l'ipoteca, a'termini dell'articolo 2011;

5° colla prescrizione. » (Cod. delle Due Sicilie art. 2074.) L'art. 2011, a cui si riporta il citato articolo 2074, è la ripetizione dell'articolo 2125 del Codice Napoleone. Riguardo poi alla prescrizione, che è indicata tra i modi onde si estinguono i privilegi e le ipoteche, il Codice delle Due Sicilie ripete nelle ultime parti del detto articolo 2074 le massime stabilite dal Codice Napoleone nell'articolo 2180.

prescrizione, che al possessore sarebbe necessaria per acquistare il dominio (1).

1177. Anche il § 116 del Regolamento Ipotecario Pontificio dispone che « le ipoteche si estinguono, 1. con lo scioglimento della obbligazione principale; 2. con la rinunzia *espressa* del creditore; 3. con l'adempimento delle formalità e condizioni prescritte ai terzi possessori per rendere liberi i beni da essi acquistati; 4. con la prescrizione, a termini del diritto comune e della giudiziaria osservanza. » E sebbene il citato § 116 indichi soltanto i modi onde le ipoteche si estinguono, è evidente che i modi stessi spengono altresì i privilegi costituiti sugli immobili, i quali altro non sono che ipoteche privilegiate. Infatti il § 102 dello stesso Regolamento dichiara che « le regole che saranno prescritte per liberare le proprietà dalle ipoteche, e cancellare, o ridurre le

(1) Art. 2249. « I privilegi e le ipoteche si estinguono

Collo scioglimento della obbligazione principale;

Colla rinunzia espressa del creditore all'ipoteca o al privilegio;

Coll'adempimento delle formalità e condizioni prescritte ai terzi possessori per render liberi i beni da essi acquistati;

Col decorso del tempo. » — Art. 2250. « I privilegi e le ipoteche si estinguono a vantaggio del debitore rispetto ai beni, che si trovano in suo potere, col decorso di tempo che è determinato per la liberazione delle azioni, che sono garantite dall'ipoteca o dal privilegio. — Per riguardo a'beni posseduti da un terzo si estinguono con quella medesima prescrizione, che gli sarebbe necessaria per acquistare il dominio. — Questa prescrizione avrà luogo anche nel caso, in cui il creditore abbia ignorato che il fondo a lui obbligato per ipoteca o privilegio sia passato in dominio di un terzo. » — Art. 2251. « Le notificazioni fatte eseguire dal creditore non interrompono il decorso del tempo stabilito dalla legge a favore del debitore o del terzo possessore per l'estinzione del privilegio o dell'ipoteca. » E colla seconda parte del citato articolo 2250 del Codice di Parma armonizzano appunto le disposizioni degli articoli 2372, 2373 e 2375 dello stesso Codice, le quali stabiliscono riguardo alla prescrizione ciò che segue: Art. 2372. « Chi possiede con giusto titolo e in buona fede un immobile pel corso di anni dieci, ne acquista il dominio, o qualunque altro reale diritto, se il vero proprietario abita in questi Stati, e col decorso di anni venti se abita fuori. » — Art. 2373. « Nello stesso periodo di anni dieci fra i presenti e di venti fra gli assenti il possessore dell'immobile si libera dai carichi, che ne rendevano meno perfetto il dominio. » — Art. 2375. « Chi possiede anche senza giusto titolo e buona fede un immobile pel corso di anni trenta, ne acquista il dominio, o qualunque altro reale diritto, e si libera egualmente dai carichi, che ne rendevano meno perfetto il dominio. »

inscrizioni, sono comuni ai privilegi. » Fra i modi onde si sciolgono le ipoteche abbiamo più sopra fatto menzione della risoluzione del dominio dell'ipotecante. Al principio — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* — il lodato Regolamento rende omaggio colla disposizione del § 110 (1), di cui feci menzione nel terzo volume.

1178. Il Codice Napoleone indica nell'articolo 2180 come modi, onde si estinguono i privilegi e le ipoteche, lo scioglimento della obbligazione principale, la rinunzia del creditore alla ipoteca, l'adempimento delle formalità prescritte ai terzi possessori per render liberi i beni da essi acquistati, e finalmente la prescrizione. Dei due primi modi non fa parola il Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche, il quale dispone invece nell'articolo 133 che « cessa la soggezione dei beni agli oneri inscritti, ed agli esenti dalla inscrizione, e si estinguono i titoli da cui dipendono, per la riduzione delle inscrizioni; per la loro radiazione; per la purgazione; e per la prescrizione; » e dichiara infine che « in qualunque delle dette maniere vengono a cessare le inscrizioni, il loro effetto è sempre di restituire ai beni quella stessa libertà che avevano prima della inscrizione del titolo, e come se la inscrizione non fosse mai avvenuta. » Della riduzione e della radiazione delle inscrizioni secondo le massime del lodato Motuproprio diedi già un cenno più sopra (2). Della purgazione farò parola dopo che avrò illustrati i capi VIII e IX del Codice Napoleone. Quanto finalmente alla prescrizione, questa giusta il detto Motuproprio posta in essere col lasso del tempo e colle condizioni da dirsi in appresso libera il debitore dalle sue obbligazioni verso il creditore e spoglia questo delle azioni corrispondenti, libera i beni dalle ipoteche e dai privilegi a favore del terzo possessore, e li fa perdere al creditore, e diventa anche un modo legittimo pel possessore di acquistare il dominio e di perderlo pel proprietario (3). I termini per i quali si opera la prescrizione sono di trenta, di venti, di dieci, di cinque e di due anni (4), e può dedursi ed opporsi da qualunque persona che vi abbia

(1) N. 698, pag. 376.
(2) N. 1062, pag. 70 e pag. 72.
(3) Art. 170.
(4) Art. 173.

interesse (1). Ed anzi non può rinunziarsi alla prescrizione in previdenza, ma bensì alla prescrizione già acquistata da chi ne abbia la capacità (2). Le prescrizioni tutte corrono contro qualunque persona individua o morale, ancorchè privilegiata. Alle persone privilegiate peraltro restano preservate le loro ragioni per la propria indennità contro gli amministratori rispettivi per le conseguenze delle prescrizioni sofferte. Solamente le prescrizioni dei dieci, dei venti, e dei trent'anni non corrono contro i minori e gl'interdetti, nè tra i coniugi, nè a danno della moglie per il fondo dotale passato nei terzi, durante la età minore, la interdizione, e il matrimonio (3). Col lasso di trenta anni finiti senza che per tutta la loro durata dal debitore sia stato riconosciuto e confermato il debito, e senza che, non ostante la di lui morosità, siano state dal creditore esperimentate giudicialmente le sue azioni, si prescrivono a favore del debitore i crediti e anche i privilegi e le ipoteche, se ne esistono a cautela dei crediti, e ne restano liberi e prosciolti i beni obbligati (4). Il termine di questa prescrizione non incomincia a correre che dal giorno nel quale si poteva dal creditore esercitare la propria azione contro il debitore e i beni obbligati; e così nei crediti condizionali ed eventuali non corre che da quello in cui si verifica la condizione o l'evento, e nei crediti a giorno determinato, se non se da questo giorno (5). La intimazione giudiciale diretta contro il debitore principale serve per impedire il corso della prescrizione e interromperlo anche contro il mallevadore o qualunque altro coobbligato o garante della evizione (6). Il decorso di trent'anni dal dì dell'aperta successione opera parimente la prescrizione del diritto di esercitare e portare ad effetto il benefizio della separazione dei patrimoni dopo la deduzione del detto benefizio fatta in ordine e nei termini stabiliti dal legislatore (7). Si prescrive però col decorso di anni due il credito delle spese giudiciali, funerarie e di ultima malattia, dei salari delle persone addette al servizio,

(1) Art. 172.
(2) Art. 171.
(3) Art. 185.
(4) Art. 174.
(5) Art. 175.
(6) Art. 176.
(7) Art. 177.

delle somministrazioni alimentarie, degli onorari competenti ai difensori che conservarono o rivendicarono la cosa immobile, ed il credito degli artefici, operai, o di quelli che somministrarono il danaro per soddisfarli o i materiali per eseguire il lavoro (1). E col decorso di anni cinque si prescrive il credito delle Imposizioni Regie e Comunitative, quello del locatore del fondo tanto rustico che urbano pei fitti e per le pigioni, il credito del padrone diretto e locatore pei canoni, e il credito infine dell'architetto e cottimante formato nel migliorare e compire la fabbrica o l'edifizio (2). Se i beni aggravati di privilegi e di ipoteche sono passati in un terzo possessore, ad operare la prescrizione delle dette ipoteche e dei privilegi e insieme delle corrispondenti azioni del creditore, quando sia questo presente, basta il lasso di anni dieci e di venti quando sia assente dal Granducato. Questa prescrizione però non corre che dal giorno della voltura dei beni eseguita in conto proprio dal terzo possessore (3); e ricerca nello stesso terzo possessore la buona fede e un giusto titolo (4). La qual buona fede sempre si presume sintantochè non venga dimostrato il contrario, e basta che il suo concorso si verifichi al giorno dell'acquisto. La buona fede e il giusto titolo non si ricercano per la prescrizione dei trent'anni (5); e con questa prescrizione appunto dei trent'anni, computabili dal dì della voltura, può il terzo possessore, a cui mancano i requisiti della buona fede e del giusto titolo, prescrivere le ipoteche ed i privilegi e le corrispondenti azioni del creditore. Le inscrizioni che si eseguiscono dal creditore non sono tra i mezzi o tra le cause capaci d'impedire e d'interrompere il corso della prescrizione stabilita a favore del debitore o del terzo possessore (6). Col decorso dei dieci o venti anni e con quello dei trenta dal dì della voltura si prescrive anche il dominio a favore del terzo possessore, quando per la durata rispettiva dei detti termini non abbia il proprietario dedotte giudicialmente le sue azioni, o non abbia il possessore stesso riconosciuto il diritto del proprietario (7).

(1) Art. 183.
(2) Art. 184.
(3) Art. 178.
(4) Art. 179.
(5) Art. 180.
(6) Art. 182.
(7) Art. 181.

1179. Se si tratta di una ipoteca costituita a garanzia di un credito puro, è certo che questa si prescrive dal terzo possessore, quando in lui si trovino i requisiti della buona fede e del giusto titolo, colla prescrizione decennale e che questa corre dal giorno della eseguita voltura del fondo. Ma se il credito garantito dalla ipoteca o dal privilegio sarà a giorno determinato o condizionale od eventuale, da qual giorno prenderà allora principio la decennale prescrizione? Correrà anche in questo caso dalla detta voltura, oppure incomincerà soltanto, non ostante la eseguita voltura del fondo, dal giorno in cui si avverò la scadenza del debito, la condizione o l'evento, ossia dal giorno in cui si potè dal creditore esercitare la propria azione? Questo dubbio è stato con grande studio agitato da una dottissima Commissione, che ebbe a Presidente e Relatore l'illustre Lambruschini, deputata dalla R. Accademia dei Georgofili di Firenze a studiare e referire intorno alle riforme desiderabili delle Leggi Ipotecarie Toscane (1). Il chiarissimo Dottor Napoleone Pini, uno dei Membri della encomiata Commissione, degnavasi di domandare il mio parere intorno al detto dubbio; e rispondendo al gentile ed orrevolissimo invito dichiarai francamente doversi anche al caso della prescrizione decennale invocata dal terzo possessore applicare la disposizione dell' articolo 175 della Legge Ipotecaria Toscana, secondo il quale il termine della prescrizione non incomincia a correre che dal giorno nel quale si poteva dal creditore esercitare la propria azione contro i beni obbligati. Qui la stessa opinione confermo. E infatti colla prescrizione si acquista o si perde un diritto (2). Secondo la Legge Toscana la prescrizione applicata ai privilegi e alle ipoteche ha sempre il carattere di estintiva, o si invochi dal debitore, o dal terzo possessore, perchè nell' uno e nell' altro caso libera i beni ipotecati dal vincolo ond' erano gravati, e spoglia il creditore delle corrispondenti azioni (3). La prescri-

(1) Vedi il bellissimo Rapporto del Presidente della Commisione e Relat. Raffaello Lambruschini letto nell' adunanza ordinaria del 20 settembre 1857 e pubblicato nel vol. IV, Disp. 4ª degli Atti della R. Accademia Economico-Agraria dei Georgofili coi tipi della Galileiana, 1857, pag. 461.

(2) « La prescription dans l'acception étendue de cet mot comprend tout à la fois l'usucapion ou la prescription acquisitive, et la prescription proprement dite ou extinctive. » (Zachariaæ, tome I, § 20.)

(3) Art. 170.

zione toscana anche quando diventa un modo legittimo pel possessore di acquistare il dominio non ha il vero carattere di usucapione, perchè eziandio in questo caso l'acquisto che fa il possessore del gius di dominio è la conseguenza della perdita dell'azione reale di rivendicazione non esercitata dal proprietario entro il tempo dalla legge stabilito. Dichiara infatti l'articolo 181 che « col decorso dei termini stabiliti nei precedenti articoli, si prescrive il dominio a favore del terzo possessore, quando per la durata respettiva dei medesimi non abbia il proprietario dedotte giudicialmente le sue azioni. » Non risulta evidentemente da quest' articolo che il dominio si acquista dal possessore come una conseguenza della perdita fatta dal proprietario dell' azione di rivendicazione? E l' articolo 170 non dice già che la prescrizione è un modo legittimo pel possessore di acquistare il dominio, ma che *diventa anche un modo legittimo per il possessore di acquistare il dominio, e di perderlo per il proprietario.* Colle quali espressioni ha il legislatore voluto significare che la prescrizione diventa un modo legittimo pel possessore di acquistare il dominio dopo che rimase estinta l'azione di rivendicazione già competente al vero proprietario. Ma quand'anche secondo i principj della Legge Toscana la prescrizione si voglia riguardare come un modo legittimo e diretto pel possessore di acquistare il dominio, è fuori di dubbio che la prescrizione dei privilegi e delle ipoteche è puramente estintiva, ed ha il solo carattere di prescrizione dispensante e coibente, come risulta evidentemente dai già citati articoli 174 e 178. Dall' ultimo dei quali articoli chiaro apparisce che la prescrizione dei 10 o 20 anni produce rispetto al terzo possessore gli stessi effetti che nascono a favore del debitore da quella dei 30 anni, ossia la estinzione dei privilegi e delle ipoteche, e delle corrispondenti azioni. L'unica differenza tra l' una e l' altra prescrizione sta nel termine, il quale è ridotto a soli 10 o 20 anni in favore del terzo possessore in vista della buona fede e del giusto titolo. Se la prescrizione dei 30 anni, della quale può giovarsi anche il terzo possessore a cui mancano i requisiti della buona fede e di un giusto titolo (1), e quella dei 10 o 20 hanno secondo la Legge Toscana un eguale carattere, e producono gli stessi effetti; se l' una e l' altra estinguono i diritti e le azioni del creditore in forza del tempo, ragion vuole

(1) Art. 181.

che all'una e all'altra prescrizione si applichi la stessa regola quanto al giorno, dal quale hassi a misurare il termine entro il quale il creditore deve essere sollecito di esperimentare le proprie ragioni, se vuole evitare le conseguenze della sua negligenza, e conservare integri i propri diritti ed azioni. Ora giusta l'articolo 175 il termine della prescrizione dei 30 anni non comincia a correre che dal giorno nel quale si poteva dal creditore esercitare la propria azione contro il debitore e i beni obbligati. Dunque anche nella prescrizione dei 10 o 20 anni dovrà correre il termine dal giorno in cui l'azione ipotecaria poteva esperimentarsi in giudizio contro il terzo possessore. Non giova invocare l'autorità della francese giurisprudenza, secondo la quale il termine della prescrizione dei 10 o 20 anni corre dal giorno della trascrizione del titolo, a cui si appoggia il possessore, senza alcun riguardo al giorno, nel quale l'azione del creditore ipotecario poteva esercitarsi. Imperocchè gl'Interpreti del Diritto Francese appunto non guardano, nel caso della prescrizione dei 10 o 20 anni stabilita in favore del terzo possessore, al giorno in cui poteva il creditore far uso dell' azione ipotecaria, perchè una tale prescrizione, non meno di quella onde il terzo possessore acquista il dominio, ha tutti i caratteri della vera usucapione. La ragione che adduce il Duranton (1) per sostenere che la disposizione dell'articolo 2257 del Codice Napoleone non è applicabile alla prescrizione invocata dal terzo possessore sull'appoggio dell'articolo 2180, punto non regge per la prescrizione toscana stabilita coll' articolo 178 in favore del terzo possessore; in quanto che quest' ultima, come già si è detto, è puramente estintiva, ossia è un mezzo pel terzo possessore di liberarsi dalle azioni del creditore ipotecario non esercitate entro il termine determinato dalla legge. Quando la disposizione dell'articolo 178 della Legge Toscana fosse muta quanto al giorno, dal quale incomincia la prescrizione in favore del terzo posses-

(1) « La prescription au profit du tiers détenteur est évidemment une prescription à l'effet d'acquérir la franchise de l'immeuble, et non de prescrire contre la dette. . . . . Le tiers détenteur ne prescrit point, comme le débiteur, à l'effet de se libérer; il prescrit à l'effet d'acquérir, savoir: l'immeuble, si celui dont il l'a reçu n'en était pas propriétaire, et la franchise de cet immeuble. » (Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 312.)

sore, a questa dovrebbe estendersi la regola dell'articolo 175, perchè tanto la prescrizione dei 10 o 20 anni, quanto quella dei 30 hanno lo stesso carattere, sono cioè amendue puramente estintive dei diritti ed azioni del creditore. Ma per applicare la regola dell'articolo 175 alla prescrizione stabilita in favore del terzo possessore coll'articolo 178 non è mestieri ricorrere alla interpretazione estensiva. Imperocchè il detto articolo 178 esplicitamente dichiara che « la prescrizione non corre che dal giorno della voltura dei beni eseguita in conto proprio dal terzo possessore, *e ritenuto quanto è ordinato all' art.* 175. » Non poteva il legislatore esprimere più chiaramente la propria intenzione. Quando si tratta della prescrizione dei 30 anni il termine corre dal giorno, nel quale si poteva dal creditore esercitare la propria azione contro il debitore e i beni obbligati. Nel caso della prescrizione dei 10 o 20 anni, che si invoca dal terzo possessore, la misura del termine, dal quale la prescrizione ha principio, deve prendersi da due elementi, cioè dalla voltura dei beni eseguita dal terzo possessore, ed inoltre dal giorno, nel quale si poteva dal creditore intentare l'azione ipotecaria contro il terzo possessore. Dalla voltura dei beni, perchè prima di questa l'alienatario non veste la qualità di terzo possessore in faccia alla legge, la quale dà forza ed efficacia agli atti di alienazione dal giorno soltanto della voltura eseguita dall'alienatario. Dal giorno inoltre, nel quale si poteva dal creditore promuovere l'azione ipotecaria contro il terzo possessore, perchè essendo la prescrizione estintiva dei diritti del creditore non esercitati nel termine stabilito, è una pena inflitta alla negligenza dello stesso creditore, negligenza onde questi non si può rendere responsabile se non dal giorno, in cui potè far uso dei propri diritti ed esperimentare le relative azioni. Il Dalloz, per dimostrare che la disposizione dell'articolo 2257 del Codice Napoleone non è applicabile alla prescrizione accordata al terzo possessore contro i creditori ipotecari, s'appoggia al motivo che il detto articolo accenna alla prescrizione del crédito, e non a quella delle ipoteche (1). Del motivo contrario posso io valermi per sostenere che la disposizione dell' articolo 175 della Legge Toscana è applicabile al caso contemplato nell' articolo 178, appunto perchè colla prescrizione

(1) Dalloz, n. 21. — V. Troplong, *Commentaire des Commentaires*, art. 2180, n. 886, note 10.

dei 30 anni stabilita dall' articolo 174, al quale si riporta il detto articolo 175, si prescrivono i crediti, *e anche i privilegi e le ipoteche se ne esistono a cautela dei crediti*. Se pertanto riguardo al terzo possessore la prescrizione comincia secondo l' articolo 178 della Legge Toscana dal giorno della voltura dei beni eseguita in conto proprio dal terzo possessore, e se al medesimo deve altresì applicarsi la regola determinata dall' articolo 175, giusta la quale il termine della prescrizione non incomincia a correre che dal giorno nel quale si poteva dal creditore esperimentare la propria azione, ne viene che se l'azione del creditore è già attualmente esercibile il giorno della fatta voltura, da questa avrà principio pel possessore il termine della prescrizione; e che se al contrario l' azione del creditore nel momento della voltura non può intentarsi per causa di una condizione non ancor verificata, o per non essere giunta l' ora del pagamento del debito, la prescrizione comincerà, nonostante la fatta voltura, dal giorno soltanto, in cui l' azione del creditore per l' avvenuta condizione o per la scadenza del termine che ne impediva l' esercizio può efficacemente esperimentarsi. Ecco il vero risultato della disposizione dell'articolo 178 combinata coll'altra dell'articolo 175. Il primo infatti non si limita a dire che la prescrizione dei 10 o 20 anni non corre che dal giorno della voltura dei beni eseguita in conto proprio dal terzo possessore, ma coll' ultimo membro —*e ritenuto quanto è ordinato all'articolo* 175 — estende altresì alla stessa prescrizione la regola stabilita nell' articolo 175 per la prescrizione dei 30 anni. Se è vero il principio che non si fa luogo alla intèrpretazione della legge, quando ne sono chiare le parole, non veggo come possa misurarsi la prescrizione contemplata nell' articolo 178 con una regola diversa da quella dell' articolo 175, mentre il legislatore esplicitamente dichiara che devesi ritenere quanto è ordinato nello stesso articolo 175. Si faccia il confronto dell' articolo 2180 del Codice Napoleone coll' articolo 178 della Legge Toscana. Il primo dichiara semplicemente che nel caso in cui la prescrizione, riguardo ai beni posseduti da un terzo, si appoggi ad un titolo, *essa comincia a decorrere dal giorno in cui il titolo predetto è stato trascritto sui registri del Conservatore*. Nel secondo invece alla dichiarazione che la prescrizione non corre che dal giorno della voltura dei beni eseguita in conto proprio dal terzo possessore, è aggiunta l' altra —

e ritenuto quanto è ordinato all'articolo 175. — Nel quale articolo è appunto stabilita la regola che il termine della prescrizione non incomincia a correre che dal giorno, nel quale si poteva dal creditore esercitare la propria azione. E così il dubbio che si è fatto dagli Interpreti Francesi, se la disposizione dell'articolo 2257 del Codice Napoleone sia applicabile alla prescrizione dei 10 o 20 anni invocata dal terzo possessore, è stato tolto dal Legislatore Toscano colle accennate parole ultime dell'articolo 178. A più forte ragione la disposizione del citato articolo 175 dovrà applicarsi al caso, in cui il terzo possessore, al quale mancano i requisiti della buona fede e del giusto titolo, invoca la prescrizione dei 30 anni. Imperocchè, essendo stabilita nel detto articolo 175 la regola che il termine della prescrizione dei 30 anni comincia a correre dal giorno, nel quale si poteva dal creditore esercitare la propria azione contro il debitore e i beni obbligati, il terzo possessore che ricorre a questa prescrizione è necessariamente subordinato a tutte le regole e condizioni che le sono proprie. Qualunque pertanto sia la massima adottata intorno a questo punto dalla toscana giurisprudenza, la quale non può mai aver forza di derogare alla volontà del legislatore, io porto opinione che il termine della prescrizione dei privilegi e delle ipoteche non corre in favore del terzo possessore, non ostante la eseguita voltura dei beni, se non dal giorno nel quale si poteva dal creditore intentare la propria azione, sia che il terzo possessore ricorra alla prescrizione dei 30 anni per difetto di buona fede e di un giusto titolo, sia che si giovi della più breve dei 10 o 20 anni contemplata nel già citato articolo 178. Ma del resto mi par degna di giusta critica e censura l'aggiunta fatta dal Legislatore Toscano alla disposizione dell'articolo 178 colle parole — *e ritenuto quanto è ordinato all' articolo* 175, — onde fu esteso alla prescrizione invocata dal terzo possessore il principio che nei crediti a tempo, condizionali od eventuali il termine della prescrizione corre soltanto dal giorno, in cui l'azione poteva dal creditore esercitarsi. Diversa deve essere la misura del tempo nella prescrizione secondo che questa si invoca dal debitore o dal terzo possessore, in quanto che lo scopo cui mira un tale rimedio nell'un caso è affatto diverso da quello cui tende nell'altro. Rispetto al debitore, non è un favore a lui accordato dalla legge, ma piuttosto una

pena inflitta alla negligenza del creditore, ed è perciò *dispensante*, ossia un atto della legge, col quale una persona civilmente obbligata a qualche cosa dopo un certo tempo viene abilitata a non soggiacere più all' azione giudiziale che potevasi esercitare contro di lei (1). Vuole quindi giustizia che la negligenza del creditore misurar debbasi dal giorno, in cui potè egli liberamente far uso della propria azione. Rispetto al terzo possessore al contrario la prescrizione non è che la legale difesa di un lungo possesso introdotta dalla equità della legge per l' interesse generale della società, onde non rimangano in perpetuo incerti i dominj dei beni (2). E però il dì dell' incominciato possesso, o piuttosto dell' atto che rende pubblico ed efficace in faccia ai terzi il trapasso del fondo dal primo al nuovo possessore, deve per quest' ultimo essere il vero punto di partenza, dal quale devesi misurare il termine della sua prescrizione, sia che con questa egli voglia render certo e sicuro il dominio dell' acquistato fondo, sia che miri semplicemente a farlo puro e libero dalla schiavitù degli oneri e vincoli reali. Nel significare all' encomiato giureconsulto Dottor Napoleone Pini la interpretazione che io dava, sforzato dalle parole e dallo spirito della legge, alla disposizione del citato articolo 178 del Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche, non mi tenni dall' esprimere il mio voto sulla necessità ed utilità di una riforma legislativa della detta disposizione per l'interesse del credito fondiario. E posto che le mie parole ottennero dall' autorità della sullodata Commissione una pienissima approvazione, della quale ne rendo qui pubbliche grazie ai chiarissimi Membri che la componevano, Dottor Napoleone Pini, Celso Marzucchi, Avv. F. Andreucci, Flaminio Severi, e al suo illustre Presidente e Relatore Raffaello Lambruschini, mi pregio di riportare qui i termini della proposizione che la sapienza della stessa Commissione formò su questo punto: —

« Considerando: che non a caso è stata dalla legge posta una gran differenza fra il terzo possessore con giusto titolo e buona fede non personalmente obbligato, e il debitor personale

(1) Romagnosi, *Condotta delle acque*, § 676.

(2) « Fundus a patre relinqui potest: at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis et periculi litium, non a patre relinquitur, sed a legibus. » (Cic. *Pro Cæcina*.) — Romagnosi, *Condotta delle acque*, § 798. — L. 1, D. *De usurpationibus*.

e il possessore di mala fede e senza titolo; che perciò lungi dal pareggiarli, conviene propendere in favore del primo: che al creditore resta aperto il rimedio della interruzione; il qual rimedio se si potesse considerare come inefficace o non bastevole a fronte della decennale prescrizione, dovrebbe dirsi lo stesso della interruzione della trentennale rimpetto al terzo possessore non titolato: che finalmente l'interesse universale richiede oggi più che mai, e più che mai si riconosce utile e si desidera, che libera quanto esser possa da non necessarj vincoli, sia, e si dichiari la proprietà fondiaria; la Commissione ha formato in precisi termini la seguente proposizione:

« *Utile provvedimento sarebbe quello di resecare per disposizione legislativa dall' artic.* 178 *della Legge del* 2 *Maggio* 1836 *le parole finali* — Ritenuto quanto è ordinato dall' artic. 175 — *affinchè la prescrizione decennale decorra a favore del terzo possessore dal giorno della fatta voltura, anche contro le ipoteche eventuali e condizionali, non ostante la pendenza della condizione, e dell' evento: salva al creditore la facoltà d' interrompere in tempo utile la suddetta prescrizione.*

Questa disposizione dovrebbe essere applicata anche agli acquisti già fatti avanti la pubblicazione della nuova legge; ma colla dichiarazione che i terzi possessori, i quali avessero fatta la voltura cinque o più anni avanti la suddetta pubblicazione, non possano compire la prescrizione contro le ipoteche condizionali ed eventuali se non al termine di quel tempo, che piacesse al legislatore di stabilire, da decorrere dal giorno della pubblicazione della legge (1). » E chi non applaudirà a questa saggissima proposizione? Qual toscano giureconsulto od economista non debbe far voto, che la R. Accademia dei Georgofili, che l'accolse e confermò con favorevole suffragio, sappia trovare i convenienti ed accetti modi, pei quali i desiderj della benemerita Commissione *giungano là,* per ripetere le belle parole del suo illustre Relatore, *dove per la potestà legislativa possano divenire fatti; e riuscire, se non a rimedio pieno, almeno a sollievo dei mali universalmente riconosciuti e lamentati?*

1180. Si è già detto che la risoluzione del dominio dell' ipotecante porta lo scioglimento delle ipoteche dal medesimo costi-

(1) *Continuazione degli Atti della R. Accademia Economico-Agraria dei Georgofili*, vol. IV succitato, pag. 471.

tuite giusta il principio di romana giurisprudenza — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* — Questo modo naturale di estinzione è pur confermato dalla Legge Toscana nell'articolo 62. Il Codice Napoleone ha veramente abusato dell'anzidetto principio con grave pregiudizio del credito fondiario, dichiarando sciolte le ipoteche in molti casi, in cui per giustizia dovrebbero restar ferme e incrollabili, non ostante la risoluzione del dominio dell'ipotecante. È perciò da lodare grandemente la saggezza del Legislatore Toscano, il quale nell'ultima parte del citato articolo 62 fa alcune importantissime e utilissime restrizioni all'applicazione del detto principio, delle quali diedi già un cenno nel terzo volume (1).

1181. Il Motuproprio Toscano nell'articolo 133 non fa parola fra i modi, onde si estinguono i privilegi e le ipoteche, nè dello scioglimento della obbligazione principale, nè della rinunzia del creditore alla sua ipoteca o al suo privilegio. Ma questi sono modi sì naturali di estinzione dei privilegi e delle ipoteche che non abbisognano di una esplicita conferma del legislatore. E infatti la ipoteca ed i privilegi essendo un vincolo accessorio di una obbligazione principale, di questa seguono necessariamente la sorte, e con essa si muoiono (2). E così pure la ipoteca ed i privilegi essendo pel creditore un diritto, che ne garantisce ed assicura il credito, ed essendo lecito a chi ha la libera amministrazione del proprio patrimonio di rinunziare ai propri diritti e benefizi (3), la rinunzia del creditore non può non essere un modo di estinzione dei privilegi e delle ipoteche.

1182. Il Codice di Sardegna conferma i quattro modi di estinzione dei privilegi e delle ipoteche indicati nell'articolo 2180 del Codice Napoleone, cioè lo scioglimento della obbligazione principale, la rinunzia del creditore, il giudizio di purgazione, la prescrizione. Quanto al primo, dichiara nell'articolo 2298 che « i privilegi e le ipoteche si estinguono coll'estinzione del credito, senza pregiudizio però della surrogazione a favore del sovventore del danaro con cui si è fatto il pagamento, ed altre stabilite dalla legge. » Parlai più sopra della questione che si fa dagl'Interpreti,

(1) N. 699, pag. 377 e 383.

(2) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 183. — Troplong, art. 2180, n. 878 bis. — Persil, art. 2180, n. 12.

(3) Vinnii, *Instit.* lib. 3, tit. 21, § 4, n. 10.

se rivivono i diritti del creditore, che soffre la evizione del fondo datogli in pagamento del suo credito (1). Questa questione è stata tolta dal Codice di Sardegna, il quale stabilisce nell' articolo 2299 che « il privilegio e l'ipoteca rinascono col credito allorchè il pagamento trovasi annullato per essere stato fatto con beni stati quindi evitti al creditore, o per altra causa qualunque. » Dichiara poi nella seconda parte dello stesso articolo che « ove però l' inscrizione nel caso contemplato in quest' articolo, o in quello di surrogazione, fosse stata cancellata, o non fosse stata rinnovata nel termine fissato dalla legge, il creditore, o quegli che vi sarà surrogato, non prenderanno grado che dalla data della nuova inscrizione. » Quanto alla rinunzia del creditore, il Codice di Sardegna, seguendo l' esempio dell' articolo 2249 del Codice di Parma, si limita a dire nell' articolo 2300 che « il privilegio e l'ipoteca si estinguono colla rinuncia *espressa* del creditore. » Intorno alla prescrizione, dichiara nell' articolo 2301 che « si estinguono parimente colla prescrizione, la quale rispetto ai beni che sono presso il debitore non può acquistarsi salvo colla prescrizione del credito, e rispetto ai beni posseduti da un terzo si acquista altresì col solo trascorso di trent' anni, secondo le regole però stabilite nel titolo *Della prescrizione.* » Col qual termine di trent' anni si prescrivono giusta l' articolo 2397 dello stesso Codice tutte le azioni tanto reali che personali, senza che quegli che allega questa prescrizione sia tenuto ad esibire un titolo, o senza che gli si possa opporre la eccezione derivante da mala fede. Dichiara altresì nel citato articolo 2301 che « le inscrizioni dei crediti non bastano per interrompere la prescrizione; » e che « il creditore però può per quest' effetto chiamare in giudizio il terzo detentore dei beni e far dichiarare sussistente il privilegio e l' ipoteca. » Il Codice di Sardegna ripete nell' articolo 2391 la massima stabilita nell' articolo 2257 del Codice Napoleone, cioè che « la prescrizione non corre, riguardo ad un credito dipendente da qualche condizione sino a che la condizione sia verificata; riguardo ad un' azione in garanzia sino a che abbia avuto luogo l' evizione; e riguardo ad un credito a tempo determinato sino a che sia scaduto tal tempo. » Ma non ha lasciato luogo al dubbio, se la disposizione del citato articolo 2391 sia applicabile altresì al terzo possessore.

(1) N. 1140, pag. 304: n. 1172, pag. 395.

Imperocchè nell' articolo 2394 dispone che « le cause che sospendono il corso della prescrizione a termini dei precedenti articoli non possono essere opposte al terzo possessore che ha per sè un possesso non interrotto di anni sessanta. » Dalla quale disposizione discende chiaramente la conseguenza che il terzo possessore, il quale invoca la prescrizione dei trent' anni, la quale basta alla estinzione dei privilegi e delle ipoteche, deve rassegnarsi alla sospensione stabilita col citato articolo 2391 (1).

(1) Il capitolo VII del Progetto Vatimesnil — *De l'extinction des privilèges et hypothèques* — portava la seguente disposizione: « Art. 2191. Les privilèges et hypothèques s'éteignent: 1° par l'extinction de l'obligation principale; 2° par la perte ou la destruction de l'objet qui en est grevé, sauf les droits résultant de l'art. 2095; (Si vegga l'articolo 2095 sotto il n. 17, vol. I, a pag. 18.) 3° par la renonciation du créancier à l'hypothèque; 4° par l'accomplissement des formalités et conditions prescrites aux tiers détenteurs pour purger les biens par eux acquis. — L'hypothèque n'est pas susceptible de prescription, indépendamment de la prescription de l'obligation principale. » (Moniteur Universel, 26 avril 1850, supplément au n° 116.)

Vatimesnil giustificava nella sua Relazione la seconda parte del riportato articolo 2191 colle seguenti parole: « Cette prescription est une chance de perte pour le créancier. Il faut la faire disparaître. L'acquéreur, en transcrivant, trouve des inscriptions; il les connait; il sait qu'il ne peut payer au préjudice de ces inscriptions. Pourquoi donc l'admettre à prescrire par dix ou vingt ans? Il ne doit y avoir d'autre prescription que celle qui atteint le titre même. » Io non posso far plauso a questa riforma del Progetto Vatimesnil. La prescrizione del gius di dominio e quella dei privilegi e delle ipoteche furono introdotte in favore dei terzi possessori dalla sapienza delle Leggi Romane e confermate dal Codice Napoleone per la stessa causa di pubblica utilità, indicata nella L. 1, D. *De usurpationibus*: « *ne scilicet quarumdam rerum diu et fere semper incerta dominia essent.* » I privilegi e le ipoteche, che sono oneri reali, sono la lebbra della proprietà, la quale non può essere utile e cara al possessore, se le manca il prezioso pregio della libertà. Se mossa dal ben pubblico la legge — *Bono publico usucapio introducta est* — (L. cit.) viene in soccorso del possessore sino al punto da impor silenzio al vero proprietario che per lungo tempo lasciò dormire i diritti e le azioni che a lui giustamente attribuiva il gius di dominio; perchè non dovrà altresì proteggere lo stesso possessore contro gli attacchi e i colpi del creditore ipotecario che contrasta alla libertà del fondo? Vatimesnil, volendo favorire il credito fondiario, non si curò che dell'interesse del creditore ipotecario e pose in non cale quello del proprietario. Ma egli non pensò, quando proponeva l'accennata riforma, che la proprietà è il fondamento e il sostegno del credito fondiario e che

1183. Il Codice di Modena quanto alla estinzione dei privilegi e delle ipoteche ripete negli articoli 2251 e 2252 le disposizioni degli articoli 2249 e 2250 del Codice di Parma più sopra citati: Art. 2251. « *I privilegi e le ipoteche si estinguono collo scioglimento della obbligazione principale; colla rinunzia espressa del creditore all' ipoteca o al privilegio; coll' adempimento delle formalità e condizioni prescritte ai terzi possessori per render liberi i beni da essi acquistati; col decorso del tempo.* » Art. 2252. « *I privilegi e le ipoteche si estinguono a vantaggio del debitore, rispetto ai beni che si trovano in suo potere, col decorso del tempo che è determinato per la liberazione dalle azioni, che sono garantite dall' ipoteca o dal privilegio. — Per riguardo ai beni posseduti da un terzo, si estinguono con quella medesima prescrizione, che gli sarebbe necessaria per acquistare il dominio, salvo il disposto nell' articolo* 2305. — *La prescrizione ha luogo anche nel caso, in cui il creditore abbia ignorato che il fondo a lui obbligato per ipoteca o privilegio, sia passato in dominio di un terzo. — Le inscrizioni fatte eseguire dal creditore non interrompono il decorso del tempo stabilito dalla legge a favore del debitore, o*

questo non può essere in fiore e dare i desiderati frutti, se gl' interessi del proprietario non sono bene assicurati e protetti dal provvido legislatore. Giova qui ripetere le belle parole che l' ex-ministro Rouher lasciò scritte nella Relazione, premessa al suo Progetto di Riforma Ipotecaria presentato nella seduta del 4 aprile 1850 all' Assemblea legislativa della Repubblica Francese: « Tout système hypothécaire a pour base la propriété. Si elle n'existe pas, l'hypothèque est anéantie; si elle est douteuse, l'hypothèque chancelle. » (Moniteur Universel, 10 avril 1850, supplément au n° 100.) Le leggi che compongono quel che si chiama il *Sistema Ipotecario*, come disse saggiamente l' illustre Lambruschini nel Rapporto più sopra citato (n. 1179, pag. 417) *hanno da proporsi due fini che fra loro si contrariano e che vogliono essere conciliati con temperato accordo: custodire cioè da un lato i diritti veri e le ipoteche da cui sono assicurati: aggravare dall' altro il meno possibile i fondi, e renderne, come più si può, nel padrone il possesso certo e tranquillo; acciocchè ne sia facile e spedita la circolazione, e da chi li tiene vi si ponga amore, e si coltivino con quella diligenza che si ha per cosa propriamente e del tutto sua.* Del resto non lascerò di notare che il succitato articolo 2191 del Progetto Vatimesnil fu approvato dall' Assemblea legislativa nella seduta del 21 febbraio 1851. (Moniteur Universel, 22 février 1851, n° 53.)

del terzo possessore per l'estinzione del privilegio o dell'ipoteca. » La disposizione del citato articolo 2252 è in armonia con quelle degli articoli 2303 e 2304 concepiti nei seguenti termini: Art. 2303. « *Quegli, che acquista con giusto titolo ed in buona fede uno stabile, ne prescrive la proprietà col decorso di anni venti dall'eseguita trascrizione.* » Art. 2304. « *Collo stesso periodo l'acquirente lo libera pure dai carichi che ne rendevano meno perfetto il dominio, non che dai privilegi e dalle ipoteche di cui fosse gravato.* » La questione che si fa dagli Interpreti del Diritto Francese, se il terzo possessore possa prescrivere il privilegio o l'ipoteca di un credito a tempo o condizionale prima della scadenza del termine fissato al pagamento o della verificata condizione, è stata tolta sapientissimamente colla disposizione dell'articolo 2296, della quale i Compilatori del Codice di Modena non potranno mai abbastanza lodarsi: Art. 2296. « *La prescrizione non corre fra creditore e debitore, riguardo ad un credito dipendente da qualche condizione, sino a che questa non sia verificata; riguardo ad un'azione in garanzia, sino a che non abbia avuto luogo l'evizione; riguardo ad un credito a tempo determinato, sino a che non sia scaduto tal tempo. — Corre a favore del terzo possessore, se il creditore non si uniforma agli articoli* 2305, 2306. » I quali articoli 2305, 2306 stabiliscono ciò che segue: Art. 2305. « *Pei crediti e per le azioni di cui nell'articolo* 2296 *e sino a che dette azioni sieno divenute esercibili, il creditore può interrompere al terzo possessore il corso della prescrizione, mediante diffidazione giudiziale, colla quale gli notifichi il credito o l'azione ad esso creditore competente.* » Art. 2306. « *Oltre la predetta giudiziale diffidazione, deve il creditore prima della scadenza del ventennio, fare eseguire all'Uffizio delle Ipoteche una inscrizione direttamente a carico del terzo possessore, enunciando il titolo del credito, la data della primitiva inscrizione, i fondi sottoposti alla ipoteca e la fatta diffidazione giudiziale. — Le disposizioni di questo e del precedente articolo sono comuni alla prescrizione di trent' anni.* » Colla quale prescrizione di trent' anni giusta l'articolo 2301 si prescrivono tutte le azioni tanto reali che personali, senza che quegli che allega questa prescrizione sia tenuto ad esibire un titolo, o senza che gli si possa opporre la eccezione derivante da mala fede. Dalle citate disposizioni risulta chiaramente che il terzo possessore può

prescrivere i privilegi e le ipoteche gravitanti sul suo fondo col periodo di 20 o di 30 anni. Col primo, se acquistò lo stabile con giusto titolo ed in buona fede; ed in questo caso il termine della prescrizione corre dalla eseguita trascrizione. Col secondo, se gli mancano i requisiti o della buona fede o del giusto titolo. Risulta pure che il terzo possessore può prescrivere i privilegi e le ipoteche cogl' indicati termini, o sia il credito puro ed esigibile, oppure a tempo o condizionale, e che anche in quest' ultimo caso il diritto reale e l'azione ipotecaria del creditore rimangono estinti, se il medesimo non interrompe la prescrizione nel modo indicatogli dai citati articoli 2305 e 2306.

CAPO VIII.

DEL MODO DI RENDER LIBERE LE PROPRIETÀ DAI PRIVILEGI E DALLE IPOTECHE.

Articolo 2181.

I contratti che trasferiscono la proprietà degl'immobili o dei diritti reali immobiliari, che il terzo possessore vorrà liberare dai privilegi e dalle ipoteche, saranno trascritti per intero dal Conservatore delle Ipoteche nel cui circondario i beni si troveranno.

Questa trascrizione si farà sopra un registro destinato a tale effetto, ed il Conservatore sarà tenuto di rilasciarne il certificato a chi lo chiederà.

SOMMARIO.

1184. Secondo la Legge 11 brumaio la trascrizione dell'atto di alienazione nell'Uffizio del Conservatore delle Ipoteche era necessaria alla traslazione del dominio in faccia ai terzi. Dopo la pubblicazione del Codice Napoleone la trascrizione divenne una semplice formalità preparatoria del giudizio di purgazione nel caso delle alienazioni a titolo oneroso, ma in quelle a titolo gratuito è anche necessaria alla trasmissione del dominio. I creditori chirografari del donante, non però il donante e i suoi eredi, possono opporre la mancanza di trascrizione.

1185. Quali sono i veri effetti della trascrizione secondo i principj del Codice Civile e secondo le massime stabilite dal Codice di Procedura?

1186. La trascrizione, quanto all'effetto di purgare il fondo dai privi-

legi e dalle ipoteche, deve farsi dal terzo possessore che possiede il fondo ipotecato a titolo di proprietà, e che non è obbligato personalmente al pagamento dei debiti ipotecari.

1187. Il legatario particolare e può e deve fare la trascrizione del testamento o codicillo, da cui risulta il suo legato, se vuole liberare il fondo lasciatogli in legato dal peso dei debiti ipotecari. Deve dirsi lo stesso del donatario particolare, il quale del resto non potrebbe acquistare senza la trascrizione dell'atto di donazione il dominio del fondo a lui donato.

1188. Il creditore può fare la trascrizione ed il giudizio di purgazione del fondo a lui dato in pagamento del suo credito. Se e quando nel giudizio d'ordine può far valere le ragioni del credito estinto?

1189. Anche il permutante può fare la trascrizione ed il giudizio di purgazione del fondo ricevuto in permuta.

1190. Le vendite fatte per iscrittura privata possono essere trascritte. Si critica la disposizione dell'articolo 1582, che dà efficacia alle scritture private di vendita dei beni immobili.

1191. Le formalità del giudizio di espropriazione purgano *ipso jure* il fondo espropriato dai privilegi e dalle ipoteche, e perciò l'aggiudicatario non è tenuto a fare la trascrizione dell'atto di aggiudicazione.

1192. Le alienazioni dei beni immobili dei minori ed interdetti, comecchè fatte in giudizio colla solennità della pubblica asta, devono essere trascritte, e il compratore non può essere dispensato dalle formalità prescritte nei capi VIII e IX, se vuole liberare l'acquistato fondo dai privilegi ed ipoteche esistenti a carico degli antecedenti proprietari.

1193. Il compratore, al quale l'erede benefiziato vende un fondo ereditario colle forme prescritte dalla legge, dovrà fare la trascrizione del contratto e uniformarsi a tutte le solennità prescritte nei capi VIII e IX, per liberare il fondo comprato dai privilegi ed ipoteche esistenti a carico del medesimo?

1194. Il coerede o condomino dovrà fare la trascrizione dell'atto di divisione e adempire le formalità del giudizio di purgazione per liberare i fondi a lui assegnati o aggiudicati dai privilegi e dalle ipoteche sui medesimi gravitanti?

1195. Basta che il terzo possessore che intraprende il giudizio di purgazione trascriva il suo proprio titolo che gli trasferì immediatamente la proprietà dell'immobile da purgarsi?

1196. Se l'atto da trascriversi è comune a più persone, la trascrizione per intero chiesta da uno degli interessati giova anche all'altro, quando si tratta di fondi posti sotto lo stesso circondario.

1184. Nell'articolo 2180, n° 3 dichiara il legislatore che i privilegi e le ipoteche si estinguono coll'adempimento delle formalità e condizioni prescritte ai terzi possessori per rendere liberi i beni da essi acquistati. Di queste formalità e condizioni si tiene parola in questo e nel successivo capitolo. Per Diritto Romano il terzo possessore non aveva modo di liberare l'acquistata proprietà dai pesi ipotecari sulla medesima gravitanti, i quali erano un continuo pericolo, ond'era minacciato, ed allora solo poteva star quieto e sicuro, quando la vendita del fondo ipotecato gli era stata fatta dal primo creditore ipotecario nei modi solenni stabiliti dalla legge (1). La vendita fatta dal debitore, comecchè al primo creditore ipotecario, lasciava sempre esposto l'acquirente qual terzo possessore alle azioni reali dei legittimi creditori (2). Così pure l'acquirente soggiacer poteva all'azione ipotecaria del primo creditore, quando la vendita era stata fatta non dal primo, ma da un secondo creditore (3). Col sistema della pubblicità delle ipoteche fu provveduto all'interesse dei creditori, ai quali venne fornito il modo di misurare il grado di sicurezza che può dare al loro credito la costituita ipoteca. Ma la luce della pubblicità, onde rimangono svelati i pesi che vincolano la proprietà, sarebbe stata un ostacolo alla libera alienazione dei fondi, quante volte il prezzo bastar non potesse all'intero pagamento degl'inscritti creditori. E chi infatti vorrebbe avventurarsi all'acquisto di un fondo, quando il valore fosse superato dalla somma delle accese inscrizioni? Non sarebbe certo ed inevitabile nel detto caso il naufragio dell'acquirente, esposto alle disastrose conseguenze delle azioni ipotecarie dei creditori non soddisfatti col prezzo del fondo? Se il sistema della pubblicità doveva essere un benefizio per tutti, se doveva spandere i suoi frutti salutari sui creditori non meno che sui proprietari, e aprire una facile via alla libera contrattazione dei beni immobili, non poteva

(1) « Si vendidisset qui ante pignus accepit: persecutio tibi hypothecaria superesse non potest. » (L. 1, C. *Si antiq. creditor.*) — L. 6, C. *De obligat. et actionibus*. — L. 3, pr. D. *De distract. pignorum*.

(2) « Cum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit, vel vendiderit: non magis tibi persecutio adempta est, quam si aliis easdem res debitor vendidisset. » (L. 1, C. *Si ant. creditor.*) — Voet, lib. 20, tit. 5, n. 10.

(3) N. 1079, pag. 143.

il legislatore porre in non cale i preziosi interessi degli acquirenti. Non contenti perciò i Compilatori della Legge 11 brumaio di inaugurare tal sistema di compiuta pubblicità, che a tutti manifestasse i pesi ipotecari della proprietà immobile e il passaggio di questa dal primo in un nuovo proprietario, un ben architettato ordinamento di tutela e difesa imaginarono in favore degli acquirenti contro gli assalti delle azioni ipotecarie, conciliando colle saggie disposizioni degli articoli 30, 31 e 32 (1) l'interesse del proprietario con quello egualmente prezioso degl' inscritti creditori. Il rimedio della purgazione delle ipoteche è una delle più importanti innovazioni che la Legge 11 brumaio portò all'antico sistema ipotecario. Seguendo l'esempio di questa Legge i Compilatori del Codice Napoleone istituirono anch' essi un sistema di determinate forme e cautele, coll' adempimento delle quali potessero gli acquirenti dei beni immobili liberare l'acquistata proprietà dal peso degli oneri ipotecari sulla medesima inscritti e sottrarsi per sempre al pericolo delle azioni ipotecarie.

(1) « Art. 30. Se il prezzo espresso nel contratto è insufficiente per soddisfare tutti i pesi ed ipoteche, l'acquirente per dispensarsi di pagarne l'intero e garantirsi dall'effetto delle azioni contemplate dall'art. 14, è tenuto di notificare entro un mese dalla trascrizione dell'atto d'acquisto ai creditori al domicilio da loro eletto: 1° il suo contratto d'acquisto; 2° il certificato di trascrizione che egli ne ha richiesto; 3° lo stato dei pesi ed ipoteche, delle quali è gravata la proprietà con dichiarazione, che egli soddisferà sul momento quelle scadute e quelle da scadere nelli medesimi termini e nella stessa maniera con cui sono state costituite, ma il tutto fino alla concorrenza solamente del prezzo stipulato nel suo atto. » — « Art. 31. Allorchè l'acquirente ha notificato nel termine prescritto, qualunque creditore, i cui titoli sono stati inscritti, può chiedere che l'immobile sia messo all'incanto ed alla pubblica aggiudicazione coll'obbligo: 1° di dichararlo all'acquirente dentro il mese dalla notifica da lui fatta: 2° di obbligarsi d'accrescere o far accrescere il prezzo almeno oltre un ventesimo più di quello stipulato nel contratto. Tale richiesta è notificata tanto all'acquirente che al venditore con citazione, il cui originale, come le copie, saranno sottoscritte dal creditore o dal suo procuratore, il quale in questo caso sarà tenuto di dar copia della sua procura; il tutto sotto pena di nullità. » — « Art. 32. In mancanza della dichiarazione ed offerta fatta nel detto termine, il valore dell'immobile resta definitivamente stabilito nel prezzo stipulato nel contratto d'acquisto, e l'acquirente sarà in conseguenza liberato da tutti i pesi ed ipoteche, pagando il detto prezzo ai creditori che saranno nel grado d'esserne soddisfatti. » (Legge 11 brumaio, anno 7.)

La prima di queste formalità è la trascrizione del contratto di alienazione sui registri del Conservatore delle Ipoteche. Per Diritto Romano a trasferire per atto tra vivi il dominio dei beni dall' uno in un altro proprietario non bastava il semplice titolo, ma era indispensabile la tradizione della cosa, la quale non era necessaria soltanto come atto di esecuzione del contratto, ma altresì come elemento e condizione della trasmissione della proprietà (1). Il titolo e la tradizione o vera o finta della cosa alienata erano due elementi assolutamente necessari alla traslazione del dominio per atto tra vivi (2). A questa regola si faceva eccezione nel solo caso delle donazioni tra vivi, per le quali fu aggiunto un terzo elemento. Imperocchè, volendo i romani legislatori impedire le frodi, onde con clandestine donazioni si poteva recar danno all' interesse dei legittimi creditori, introdussero per la piena efficacia delle donazioni tra vivi eccedenti una determinata somma la formalità della insinuazione, ossia la registrazione della donazione agli atti di un pubblico magistrato (3). La quale solennità, sebbene non fosse *intrinseca*, ma semplicemente *estrinseca* ed *accidentale*, era di tanta importanza, che senza di essa la donazione non poteva aver forza in faccia ai terzi, e rendere il donatario padrone della cosa donata (4). Questa insinuazione prescritta dalle Leggi Romane per gli atti di donazione, confermata in ogni dove dalle leggi statutarie (5), la quale non aveva altro scopo che di render noto ai terzi l' atto di liberalità del donatore, suggerì forse ai Compilatori della Legge 11 brumaio l' idea di rendere obbligatoria la pubblicazione di tutti gli atti di alienazione dei beni immobili

(1) Romagnosi, *Condotta delle acque*, § 861. — L. 35, § 1, D. *De donationibus*. — L. 15, e L. 27, C. *De rei vindicatione*. — L. 20, pr., L. 59, D. *De adquir. rer. dominio*. — L. 74, D. *De contr. emtione*. — L. 14, § 1, D. *De per. et com. rei venditæ*. — L. 11, § 2, e L. 31, § 2, D. *De act. em. et venditi*.

(2) *Instit.* lib. 2, tit. 1, § 40 e 44.

(3) « Ideo ad donationem summæ amplioris requiritur insinuatio, ut 1° nimis effusæ donationes refrænentur; 2° ut fraudibus occurratur. » (Brunnemannus ad L. 27, C. lib. 8, tit. 54.) — Voet, lib. 39, tit. 5, n. 15.

(4) « Defectus igitur insinuationis non irritat donationem inter donantem et donatarium, sed nullitatem inducit quoad tertios, qui post donationem cum donante contraxerunt. » (Fierli, *Celeb. Doct. Theor.*, Theor. Bartoli in L. *universa*, n. 5. C. *De prec. Imp. offerendis*.)

(5) Voet, lib. 39, tit. 5, n. 18.

suscettibili d' ipoteche mediante la formalità della trascrizione da eseguirsi nei registri del Conservatore delle Ipoteche (1). La trascrizione fu il compimento di quel sistema di pubblicità, che doveva aprire al credito fondiario un' èra nuova di prosperità e di floridezza. Imperocchè dovendo la ipoteca nell' atto della sua costituzione radicarsi sopra beni appartenenti in proprietà al debitore, poco o nulla gioverebbe al creditore il conoscere lo stato e l' ammontare delle ipoteche gravitanti sur un determinato fondo a lui offerto in ipoteca, se i pubblici registri non gli danno la certezza che dello stesso fondo non fu fatta dal debitore una precedente alienazione. E quando il creditore vorrà far uso della sua ipoteca, come potrà agire coll' azione ipotecaria contro il terzo possessore, se non gli è nota l' alienazione del fondo ipotecato? Qual prudente padre di famiglia aspirerà all' acquisto di un bene immobile, sebbene utile e desiderato, se teme il pericolo che il suo venditore ne abbia perduto il dominio con un contratto anteriore dolosamente occultato? La pubblicità delle ipoteche domanda la pubblicità degli atti, onde viene trasferita la proprietà dei beni, che delle stesse ipoteche possono essere il soggetto, e non potrà mai con degne parole encomiarsi abbastanza la sapienza degli autori della famosa Legge 11 brumaio, che comandarono la trascrizione degli atti traslativi dei beni e diritti suscettibili d' ipoteche come una formalità indispensabile e necessaria alla trasmissione della proprietà immobile in faccia ai terzi. Fatalmente il genio del primo Napoleone fu sordo agli argomenti invincibili, onde l' eloquente Treillard propugnò calorosamente il sistema della Legge 11 brumaio contro i sofismi degli accaniti avversari della pubblicità, e ponendo in non cale la più importante delle disposizioni della detta Legge 11 brumaio, quella cioè dell' articolo 26, già citato, permise che la traslazione della proprietà dei beni immobili potesse farsi sotto l' ombra del mistero senza bisogno della trascrizione del contratto sui registri del Conservatore delle Ipoteche. Imperfettissimo perciò riuscì il Sistema Ipotecario del

(1) « Gli atti traslativi dei beni e dritti suscettibili d' ipoteche debbono essere trascritti nei registri degli Uffizi di Conservazione d' ipoteca, nel cui circondario i beni sono situati. Prima di ciò non possono essere opposti ai terzi, i quali avessero contrattato col venditore, e che si fossero conformati alle disposizioni della presente legge. » (Legge 11 brumaio, art. 26.)

Codice Napoleone, e gli stessi difensori delle ipoteche legali occulte alzarono un grido unanime di biasimo e di censura contro il legislatore, che sottrasse alla luce della pubblicità i contratti di alienazione della proprietà immobile (1). Fa meraviglia che il primo Napoleone, il quale giudicava nemica alla proprietà la soverchia semplicità della Legge (2), siasi indotto ad abbandonare il salutare sistema della Legge 11 brumaio, che colla formalità della trascrizione prescritta come una condizione necessaria alle trasmissione del dominio dei beni immobili, aveva posto al sicuro da qualunque pericolo di frode l'interesse dei terzi, che si facessero a contrattare o coll'alienante o col nuovo proprietario dopo l'avvenuta alienazione. Secondo l'articolo 1138 del Codice Napoleone la obbligazione di consegnare la cosa è perfetta col solo consenso dei contraenti, e tale obbligazione costituisce proprietario il creditore, e fa che la cosa resti a di lui pericolo dal momento in cui dovrebbe essere consegnata, quantunque non sia seguita la tradizione. Con questa disposizione il lodato Codice si è allontanato tanto dai principj della romana giurisprudenza, giusta i quali la tradizione della cosa era una condizione indispensabile alla trasmissione della proprietà, quanto dalle massime della Legge 11 brumaio, che non dal semplice contratto, ma dalla formalità della trascrizione faceva dipendere il passaggio del dominio nell'alienatario. E colla scorta della massima stabilita col detto articolo 1138 riesce facile la spiegazione dell'articolo 1583, ove è detto che la vendita « è perfetta *fra le parti*, e la proprietà si acquista di diritto dal compratore riguardo al venditore, al momento che siasi convenuto su la cosa e sul prezzo, quantunque non sia seguita ancora la tradizione della cosa, nè sia pagato il prezzo. » Potrebbe infatti dalle parole di quest'articolo isolatamente considerato argomentarsi che la proprietà si acquista

(1) « Concluons de tout ceci que dans plusieurs cas importans, la solidité des acquisitions manque de garanties, par l'abandon du système de la Loi de brumaire an 7; et que, si le mal n'est pas aussi général que l'ont dit quelques auteurs, il est néanmoins assez grave pour qu'on soit en droit d'accuser le législateur d'imprudence, et d'exiger une réforme également désirée par les esprits pratiques et par les esprits spéculatifs. » (Troplong, Préface.) — V. Vol. II, n. 380, pag. 121: n. 530, pag. 418.

(2) « Depuis que j'entends discuter le Code Civil, je me suis souvent aperçu que la trop grande simplicité dans la législation est l'ennemie de la propriété. » (Confér., tom. VII, pag. 118.)

dal compratore riguardo soltanto al venditore al momento che siasi convenuto della cosa e del prezzo, e non riguardo ai terzi. Ma toglie ogni dubbio la disposizione del citato articolo 1138, il quale in termini generali ed assoluti dichiara che la semplice obbligazione di consegnare una cosa ne costituisce proprietario il creditore. Del resto alla spiegazione del citato articolo 1583 giovano altresì le disposizioni degli articoli 2181 e 2182. L'articolo 2181 infatti prescrive in termini assoluti che « i contratti, che trasferiscono la proprietà degli immobili, che il terzo possessore vorrà liberare dai privilegi e dalle ipoteche, saranno trascritti per intero dal Conservatore delle Ipoteche. » Dal quale articolo evidentemente risulta che la proprietà degli immobili si trasferisce col semplice contratto, e che la trascrizione è un atto libero del terzo possessore che vuole liberare l'acquistata proprietà dai privilegi e dalle ipoteche sulla medesima gravitanti. Ed anche dall'altro articolo 2182, il quale dispone che « la semplice trascrizione *dei titoli translativi di dominio* sopra il registro del Conservatore non libera l'immobile dai privilegi e dalle ipoteche sopra di esso esistenti, » chiaro apparisce che il dominio si trasferisce nell'acquirente col semplice titolo. E per ben intendere la disposizione dell'articolo 2182 è duopo collegarla con quelle degli articoli 2181 e 2183. Nell'articolo 2181 la legge impone l'obbligo della trascrizione al compratore, che vuole liberare l'immobile acquistato dai privilegi e dalle ipoteche. In quest'articolo la trascrizione è indicata non come un mezzo per acquistare il dominio, ma come una formalità necessaria a render libero il fondo dai privilegi e dalle ipoteche. Perciò l'adempimento di una tale formalità è indispensabile soltanto nel caso che il compratore voglia svincolare la sua proprietà dai pesi ipotecari che la gravano. Nel successivo articolo 2182 poi la legge dichiara che la semplice trascrizione, sebbene necessaria allo scopo di liberare il fondo dai pesi ipotecari, non basta di per sè sola a tal uopo, e si fa quindi ad indicare nel successivo articolo 2183 le ulteriori formalità da adempiersi dall'acquirente, che vuole purgare il fondo dai pesi ipotecari esistenti a carico del suo autore. Certamente i Compilatori del Codice Napoleone non fecero uso nell'articolo 1583 di quel linguaggio rigoroso ed esatto, di cui devono essere scrupolosamente solleciti i legislatori, e colle parole *fra le parti*, e colle altre *riguardo al venditore* diedero motivo a sospettare che

in faccia ai terzi una qualche formalità fosse necessaria alla trasmissione della proprietà dei beni alienati. Ma qualunque dubbio svanisce a fronte delle citate disposizioni degli articoli 1138 e 2181. Dai quali si può argomentare con tutta certezza che col semplice contratto di alienazione si trasmette nell'alienatario in modo assoluto la proprietà del fondo alienato senza bisogno di alcuna formalità, e che la trascrizione del contratto nei registri ipotecari non è una formalità necessaria alla trasmissione della proprietà, ma una semplice formalità preparatoria del giudizio di purgazione (1). Alla regola però or ora accennata, giusta la quale i contratti di alienazione trasmettono *ipso jure* senza bisogno della formalità della trascrizione la proprietà nell' alienatario, e la trascrizione è semplicemente una formalità preparatoria del giudizio di purgazione, fa la legge di Napoleone eccezione rispetto alle donazioni tra vivi. Imperocchè stabilisce nell' articolo 939 che « quando si farà donazione di beni suscettibili d' ipoteche, la trascrizione degli atti contenenti la donazione e l' accettazione, non che la notifica dell'accettazione che si fosse fatta con atto separato, dovrà eseguirsi negli Offici delle Ipoteche esistenti nel circondario, in cui sono situati i beni; » e nell' articolo 941 che « potrà opporsi la mancanza di trascrizione da tutti gli aventi interesse, eccettuati però coloro che hanno l' obbligo di fare eseguire la trascrizione, o che hanno causa da questi, ed eccettuato pure il donatore. » Colle quali due disposizioni il legislatore ha evidentemente adottato riguardo alle donazioni di beni immobili il sistema della Legge 11 brumaio, secondo il quale la proprietà dei beni immobili in faccia ai terzi si trasmetteva soltanto colla trascrizione del contratto. Disputano gl' Interpreti del Diritto Francese, se la trascrizione prescritta per le donazioni di beni immobili sia un surrogato dell'antica insinuazione, od una pura formalità voluta dal Sistema Ipotecario. Il Persil tra gli altri opina che la trascrizione delle donazioni è una formalità strettamente ipotecaria, e non punto necessaria alla validità della donazione (2). Ma se egli avesse posto mente che anche secondo i principj della romana giurisprudenza l' insinuazione non era una formalità costitutiva dell' atto di donazione, ma una semplice formalità estrinseca ed acciden-

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, tome XI, n. 351. — Troplong, *Préface*, e art. 2181, n. 894. — Grenier, tome II, n. 347 e 348.

(2) Persil, art. 2181, n. 5.

tale atta a darle valore in faccia ai terzi (1), non avrebbe io credo avuto ripugnanza ad assomigliare la trascrizione all'antica insinuazione. È questa del resto una questione tutta accademica. Di pratica importanza è l'altra che si fa dagl'Interpreti, se il diritto accordato dall'articolo 941 di opporre la mancanza di trascrizione della donazione tra vivi competa agli eredi ed ai creditori chirografari del donatore. Quanto ai primi, mi par giustissima la massima stabilita dalla giurisprudenza francese, non potere gli eredi del donatore opporre la mancanza della trascrizione, in quanto che essi rappresentano in tutto il donatore (2), al quale è tolta una tale facoltà. Ma non so adattarmi alla opinione del Grenier (3) e del Persil (4), che negano il diritto di opporre la mancanza della trascrizione ai creditori chirografari del donatore. Questa opinione trova a parer mio uno scoglio insuperabile nella disposizione dell'articolo 941, il quale accorda il diritto di opporre la mancanza della trascrizione a tutti gli aventi interesse, eccettuando soltanto coloro che hanno l'obbligo di fare eseguire la trascrizione, o che hanno causa da questi, ed il donatore. I creditori chirografari hanno tutto l'interesse di opporre la detta eccezione, perchè avendo legale garanzia su tutti i beni del debitore, possono ottenere il pagamento sui fondi donati, se questi per la mancata trascrizione non passarono nel dominio del donatario. E se i creditori chirografari hanno interesse ad opporre la detta eccezione, non so come possa ad essi negarsi il diritto di farne uso, mentre l'articolo 941 l'accorda a tutti gli aventi interesse. È verissimo che i creditori chirografari non hanno un diritto reale sui beni donati al pari dei creditori ipotecari. Ma ciò non toglie che non abbiano interesse ad opporre la mancanza della trascrizione per la ragione già detta, che anche i creditori chirografari hanno la loro garanzia su tutti i beni del de-

(1) « Docet in hac lege Bartolus quod insinuatio donationis non est solemnitas *formalis* et *intrinseca*, sed est solemnitas *accidentalis* et *extrinseca* solum adhibenda ad confirmationem, perfectionemque præcedentis donationis. » (Fierli, *Celeb. Doct. Theor.*, *Theorica Bartoli in L. universa* n. 5, C. *De Prec. Imp. offerendis*.)

(2) L. 22, D. *De usurpationibus*. — L. 37, D. *De adquir. vel om. hereditate*.

(3) Tome II, n. 359, 360.

(4) Art. 2181, n. 5.

bitore, col prezzo dei quali hanno diritto di essere soddisfatti. E siccome ai creditori chirografari non può contrastarsi il diritto di procedere alla espropriazione dei beni immobili del debitore; così non può ai medesimi negarsi la facoltà di opporre la mancanza di trascrizione dei beni donati dal loro debitore. Non dica il Persil che la trascrizione della donazione è una formalità strettamente ipotecaria. Prima di tutto, è fuori di dubbio, che quando nell' articolo 939 fu prescritta la formalità della trascrizione delle donazioni, non erano ancora state stabilite dai Compilatori del Codice le basi del Sistema Ipotecario, come confessa lo stesso Grenier (1). D' altra parte o sia la trascrizione della donazione una formalità ipotecaria o no, ciò che rileva si è che i creditori chirografari hanno tutto l' interesse di opporne la mancanza, affinchè i beni donati non sieno sottratti alla loro azione. Ma lasciamo queste questioni ai Commentatori dell' articolo 941. Per noi basti il notare che la formalità della trascrizione nel caso delle alienazioni a titolo gratuito è necessaria alla traslazione del dominio nel donatario, e che al contrario in quelle a titolo oneroso è una mera formalità preparatoria del giudizio di purgazione, dalla quale può prescindere l' alienatario, se a lui non cale purgare l' acquistato fondo dai privilegi e dalle ipoteche esistenti a carico del suo autore (2). Certamente anche al donatario, che è esso pure un terzo possessore, è applicabile la disposizione dell' articolo 2181; ma da quest' articolo male si argomenterebbe che pel donatario di beni immobili la trascrizione è una pura formalità preparatoria del giudizio di purgazione. Questa disposizione deve rispetto al donatario collegarsi con quelle degli articoli 939 e 941, le quali impongono al donatario la necessità della trascrizione come un mezzo di acquistare il dominio in faccia ai terzi. E dalle combinate disposizioni dei citati articoli è forza il dedurre che riguardo al donatario di beni immobili la trascrizione produce due effetti: l' uno, di trasmettere nello stesso donatario il dominio dei beni donati; l' altro, di preparare quella purgazione delle ipoteche che dal donatario, come da qualunque altro terzo possessore, si ottiene coll' adempimento delle formalità prescritte nel capo ottavo.

1185. Accade ora tener discorso della trascrizione considerata

(1) Grenier, tome II, n. 359.
(2) Troplong, art. 2181, n. 894. — Duranton, tome XI, n. 351.

dal Codice Napoleone come formalità preparatoria del giudizio di purgazione. Si supponga il caso di una vendita. Tizio vende a Caio il fondo B già ipotecato a Seio. È certo che in forza dei principj del Codice Napoleone or ora dichiarati, Caio diviene padrone del fondo comprato in forza dello stesso atto di vendita, anche senza bisogno della trascrizione (1). Ma se Caio vorrà liberare il fondo dalla ipoteca di Seio anteriore all'alienazione, avrà bisogno di fare la trascrizione del suo contratto? Qui bisogna distinguere: o al momento della vendita la ipoteca di Seio era inscritta o no. Se non era inscritta, il fondo passò libero nelle mani del compratore, perchè giusta l'articolo 2166 i soli creditori aventi privilegio od ipoteca inscritta ritengono le loro ragioni sopra l'immobile alienato. E se il fondo passò libero nel compratore dalla ipoteca di Seio non inscritta, Caio non può avere bisogno di procedere al giudizio di purgazione per liberare il fondo comprato dalla detta ipoteca, e per conseguenza sarà dispensato dall'obbligo di fare la trascrizione, come quella che è una formalità preparatoria del giudizio di purgazione. Se poi la ipoteca di Seio era inscritta al momento della vendita, allora è certo che la detta ipoteca inscritta restò radicata sul fondo anche dopo l'alienazione, in forza del già citato articolo 2166, e in tal caso il compratore per liberare il fondo dalla ipoteca inscritta di Seio, dovrà fare il giudizio di purgazione incominciando dalla trascrizione del contratto, che è la prima delle formalità a tal uopo necessarie. Dalle combinate disposizioni pertanto degli articoli 2166 e 2181 si possono dedurre i seguenti principj: 1. il semplice contratto di alienazione di beni immobili, senza bisogno di alcuna formalità, purga *ipso jure* i beni alienati dalle ipoteche non inscritte; 2. l'adempimento delle formalità prescritte nel capo ottavo, la prima delle quali è la trascrizione del contratto, è solo necessario per la purgazione delle ipoteche inscritte al momento della alienazione (2). Che se si tratta di una alienazione a titolo gratuito, allora la trascrizione è necessaria, come già si è detto, alla traslazione del dominio nel donatario. Ond'è che in questo caso il semplice atto di donazione non solo non può purgare il fondo

(1) Raccolta Niccolosi, vol. IV, anno 1834, pag. 382, Dec. del Trib. Sup. di Rev. di Parma del 22 agosto 1834.

(2) Troplong, art. 2180, n. 864: art. 2181, n. 895, 896, 897, 899. — Duranton, tome XI, n. 351, 352. — Persil, art. 2181, n. 10.

donato dai privilegi e dalle ipoteche non inscritte al momento della donazione, ma neppure può aver forza di render nulle le ipoteche costituite dopo la donazione dal donatore, il quale conservando in faccia ai terzi la proprietà sino al giorno in cui l'atto di donazione viene trascritto, può sino a questo giorno costituire valide ipoteche sui beni donati. In ciò gli effetti della donazione tra vivi sono diversi da quelli della vendita. Imperoccchè il venditore, che col semplice contratto trasmette nel compratore la proprietà dell'immobile venduto, non può più imporre alcuna ipoteca sul fondo venduto; laddove il donatore può efficacemente ipotecare il fondo donato sino al giorno della trascrizione dell'atto di donazione, perchè solo da questo giorno la proprietà viene trasferita nel donatario (1). Rispetto quindi alle alienazioni a titolo gratuito, non si possono ripetere i due principj stabiliti pel caso della vendita, ma devono ritenersi i seguenti: 1. la trascrizione dell'atto di donazione purga *ipso jure* il fondo donato dalle ipoteche e dai privilegi non inscritti al momento, in cui la stessa trascrizione viene eseguita; 2. la detta trascrizione, necessaria alla traslazione del dominio, è altresì una solennità preparatoria per la purgazione delle ipoteche e dei privilegi in tempo debito inscritti. Qualunque sia adunque il titolo della alienazione, o gratuito od oneroso, la trascrizione è sempre una solennità indispensabile alla purgazione delle ipoteche e dei privilegi che si trovano inscritti validamente. A questi principj però del Codice Napoleone recò una importantissima modificazione l'articolo 834 del Codice di Procedura (2), il quale concesse a tutti i creditori aventi un privilegio od una ipoteca non inscritta anteriormente alla alienazione del fondo ipotecato, senza alcuna differenza tra l'alienazione a titolo gratuito e quella a titolo oneroso, la facoltà di accendere validamente la inscrizione entro il termine di 15 giorni dalla eseguita trascrizione del contratto. In forza della quale disposizione del Codice di Procedura, la trascrizione dell'atto di alienazione non è più soltanto una solennità preparatoria per la purgazione dei privilegi e delle ipoteche validamente inscritte, ma serve altresì di per sè sola a purgare il fondo dai privilegi e dalle ipoteche non inscritte entro 15 giorni da che la medesima fu ese-

(1) Persil, art. 2181, n. 4, e 9.
(2) Vol. II, n. 398, pag. 160.

guita (1). Ma importa il notare che il Codice di Procedura non ha cambiato i principj del Codice Napoleone quanto alla trasmissione della proprietà, la quale si opera col solo atto della alienazione, nel caso che il titolo sia oneroso, e col mezzo della trascrizione, quando si tratti di una donazione tra vivi. Quindi è che anche dopo la pubblicazione del citato articolo del Codice di Procedura, il creditore potrà inscrivere entro 15 giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione soltanto le ipoteche anteriori alla stessa alienazione, se questa fu fatta a titolo oneroso, non potendo giovarsi della disposizione dell' articolo 834 del Codice di Procedura il creditore che acquistò una ipoteca nulla ed inefficace dopo che il fondo passò colla alienazione in proprietà dell' alienatario; e per la stessa ragione, se il titolo dell' alienazione sarà una donazione tra vivi, potrà il creditore inscrivere entro i 15 giorni dalla trascrizione le sole ipoteche costituite prima di una tale trascrizione, in quanto che dopo di questa sarebbero nulle ed incapaci d' inscrizione le ipoteche imposte dal donante che colla trascrizione dell' atto di donazione perdè il dominio dei beni donati. Si possono dunque stabilire i seguenti principj: 1. la trascrizione non è mai necessaria per la purgazione delle ipoteche posteriori alla trasmissione della proprietà, essendo tali ipoteche essenzialmente nulle ed inefficaci per mancanza di proprietà nell' ipotecante, proprietà che si perde col semplice atto di alienazione, se questa è a titolo oneroso, o pel fatto della eseguita trascrizione, se l' alienazione viene fatta a titolo gratuito; 2. la trascrizione purga *ipso jure* le ipoteche anteriori al passaggio del dominio dall' alienante nell' alienatario non inscritte entro 15 giorni dalla sua esecuzione; 3. la stessa trascrizione è necessaria come solennità fondamentale e preparatoria per la purgazione dei privilegi e delle ipoteche validamente inscritte (2).

1186. L'articolo 2181 impone l' obbligo della trascrizione al terzo possessore che vorrà liberare i beni acquistati dai privilegi e dalle ipoteche sui medesimi gravitanti. Da questa disposizione derivano tre conseguenze: l' una, che la legge lascia la fa-

(1) N. 1066, pag. 88. — Troplong, art. 2181, n. 900. — Duranton, tome XI, n. 351, 352, 631. — Raccolta Niccolosi, vol. II, anno 1832, pag. 279, Dec. del Trib. Sup. di Revisione di Parma del 23 agosto 1832.
(2) Persil, art. 2181, n. 9, 10, 11, 13 e 14.

coltà al terzo possessore di fare o no la purgazione delle ipoteche esistenti sul proprio fondo (1); l'altra, che la trascrizione, come già si è avvertito più sopra, è la prima delle solennità da adempirsi dal terzo possessore che intende far uso del diritto accordatogli dalla legge di liberare il fondo dai privilegi e dalle ipoteche inscritte; la terza, che la trascrizione come solennità preparatoria del giudizio di purgazione deve farsi soltanto dal terzo possessore, al quale è appunto necessaria come mezzo di ottenere la liberazione del fondo dai vincoli ipotecari imposti dagli antecedenti proprietari. Terzo possessore dicesi colui che possiede a titolo di proprietà un fondo gravato da debiti, pei quali non ha esso alcuna obbligazione personale (2). Queste due condizioni sono necessarie a costituire uno terzo possessore in faccia ai creditori ipotecari inscritti sul fondo: l' una cioè, che il fondo sia posseduto a titolo di proprietà; l' altra, che i creditori ipotecari non abbiano col possessore del fondo ipotecato alcun vincolo personale, ossia non abbiano il diritto di agire contro di lui coll' azione personale pel pagamento del debito. Il proprietario, che per qualsiasi titolo e causa è obbligato personalmente al pagamento dei debiti ipotecari inscritti sul suo fondo, non può fare la purgazione delle ipoteche, perchè coll' azione personale può essere in qualsiasi modo costretto al pagamento dei debiti, comecchè ipotecari, anche col prezzo degli altri suoi beni. Di ciò non lascia alcun dubbio la disposizione dell' articolo 2167, il quale rendendo risponsabile dei debiti ipotecari il terzo possessore che non adempie alle formalità stabilite dalla legge per rendere libera la sua proprietà, mostra evidentemente che le formalità del giudizio di purgazione possono giovare soltanto al possessore non obbligato personalmente alla soddisfazione dei debiti ipotecari. Che se il giudizio di purgazione può farsi soltanto dal terzo possessore, non obbligato personalmente al pagamento dei debiti ipotecari, è chiaro che la trascrizione sarà inutile e non potrà produrre alcun effetto riguardo al terzo possessore che ha un obbligo personale di pagare i debiti ipotecari, in quanto che la trascrizione è la formalità fondamentale del giudizio di purgazione. Si può dunque stabilire il principio generale che possono soltanto essere capaci di trascrizione, quanto

(1) Troplong. art. 2172, n. 822.
(2) N. 1074, pag. 124.

all' effetto della purgazione del fondo dai privilegi e dalle ipoteche, gli atti di alienazione di beni immobili, i quali non importano la obbligazione personale dell' alienatario di pagare i debiti ipotecari (1).

1187. Dovrà dal legatario trascriversi il testamento o il codicillo, che gli lascia a titolo di legato particolare un immobile gravato da ipoteche? A dir vero l'articolo 2181 fa parola semplicemente dei contratti che trasferiscono la proprietà dei beni immobili; ma ove si consideri che qualunque terzo possessore ha il diritto di purgare la sua proprietà dai pesi ipotecari, pei quali non è obbligato personalmente; che la trascrizione del titolo, che trasferisce la proprietà, è la formalità fondamentale del giudizio di purgazione; e che il legatario particolare è in faccia ai creditori, aventi ipoteca sul fondo lasciato a titolo di legato, un vero terzo possessore non obbligato personalmente a favore dei medesimi, devesi ammettere senza esitanza, qualunque sieno le inesatte e troppo ristrette espressioni dell' articolo 2181, che il legatario particolare potrà e dovrà fare la trascrizione del testamento o codicillo da cui risulta il suo legato, se vorrà col mezzo del giudizio di purgazione liberare il fondo dal peso dei debiti ipotecari onde il medesimo è gravato. Questa opinione trova una conferma nella disposizione dell' articolo 2182, il quale parla in genere della trascrizione *dei titoli translativi di dominio,* e così serve a spiegare i troppo ristretti termini dell' articolo 2181. Per la stessa ragione potrà trascrivere l' atto di donazione particolare il donatario e procedere al giudizio di purgazione del fondo donato, essendo il donatario, al quale non fu imposta dal donatore la condizione di pagare i debiti ipotecari inscritti sul fondo, un vero terzo possessore in faccia ai creditori ipotecari esposto a tutte le conseguenze delle azioni ipotecarie che possono venirgli intentate. Perciò l'articolo 2183, il quale parla delle notificazioni da farsi dal terzo possessore, il quale intende liberare la sua proprietà dai pesi ipotecari, usa le espressioni generali — *il nuovo proprietario,* — le quali accennano a qualsiasi terzo possessore, qualunque sia il titolo del suo acquisto, o lucrativo od oneroso, e correggono le troppo ristrette espressioni della seconda parte dell' articolo 2182, le quali potrebbero far credere che il diritto di trascrivere e di purgare fosse proprio

(1) Troplong, art. 2181, n. 902, 903. — Grenier, tome II, n. 355.

del solo venditore. E su questo punto tolgono ogni ombra di dubbio gli articoli 2184, 2188, e 2189, i quali fanno esplicita menzione del donatario. La trascrizione del contratto è una formalità indispensabile tanto al compratore, quanto al donatario particolare per la purgazione del fondo dai pesi ipotecari, esistenti a carico degli antecedenti proprietari. Se non che rispetto al donatario la trascrizione adempie ad un doppio scopo, in quanto che ed è il mezzo, onde viene in lui trasferita la proprietà dei beni donati, ed è altresì la formalità preparatoria del giudizio di purgazione. Quindi è che la trascrizione, se è rispetto al compratore un atto puramente facoltativo, che gli diventa necessario solo quando voglia liberare il fondo comprato dai pesi ipotecari, è sempre una formalità rigorosamente necessaria pel donatario, il quale senza di essa non può acquistare il dominio delle cose donate (1).

1188. La dazione *in solutum* è in sostanza un contratto di compra e vendita, onde il debitore che cede il fondo fa le parti di venditore, e il creditore a cui viene ceduto quelle rappresenta di compratore, il quale ne paga il prezzo colla compensazione del proprio credito. E come può fare il giudizio di purgazione il compratore, che acquista un fondo per un prezzo determinato; così potrà farlo il creditore, a cui viene dato *in solutum* un fondo dal proprio debitore, e quindi potrà e dovrà fare la trascrizione del suo contratto, essendo questa, come si è già detto, la solennità preparatoria e fondamentale del giudizio di purgazione. Ma il creditore, a cui fu dato *in solutum* il fondo da purgarsi, non potrà nel giudizio d'ordine far valere il proprio credito, se nel contratto di dazione in pagamento non fece a tal uopo una espressa riserva. Imperocchè la dazione in pagamento, come quella che trasferisce nel creditore il dominio del fondo, estingue *ipso jure* il credito, che solo può rivivere nel caso di nuova vendita all'incanto del fondo da purgarsi ad istanza di un qualche creditore ipotecario, la quale risolvendo il primitivo contratto di dazione in pagamento, richiama necessariamente in vita gli spenti diritti del creditore. Che se nessun creditore domanda l'incanto del fondo, allora sta fermo il contratto della dazione in pagamento, e l'acqui-

(1) Troplong, art. 2181, n. 903 e 904. — Grenier, tome II, n. 356, 358 e 359.

rente trovasi nella condizione del compratore che purga il fondo di cui o in tutto o in parte pagò il prezzo al proprio venditore, e non può quindi far valere nel giudizio d'ordine la ipoteca del credito estinto colla dazione in pagamento, se non ne fece, come si è detto, nel momento del contratto una espressa riserva.

1189. Anche la permuta è un contratto di alienazione non diverso nella sostanza dalla compra e vendita, ed il permutante è un vero terzo possessore rispetto ai creditori ipotecari inscritti sul fondo ricevuto in permuta. Potrà dunque ciascuno dei permutanti fare il giudizio di purgazione del fondo datogli in permuta, e dovrà a tal uopo premettere la solennità preparatoria della trascrizione del contratto di permuta.

1190. La vendita può esser fatta tanto per atto autentico, come per iscrittura privata. Fu fatto il dubbio, se i contratti di vendita fatti per iscrittura privata potessero trascriversi. Ma questo dubbio fu tolto con un Parere del Consiglio di Stato del 12 fiorile anno XIII, onde fu dichiarato potere essere trascritte le scritture private di vendita dei beni immobili (1). Uno degli atti della più alta importanza è la trasmissione della proprietà dei beni immobili, e non so scusare i Compilatori del Codice Napoleone di avere autorizzata la vendita dei detti beni per iscrittura privata, della quale potrebbero venire impugnate le firme o dagli eredi del venditore, o dallo stesso venditore di mala fede, dopo che il fondo passò in potere di un secondo o di un terzo acquirente. Non vollero i Compilatori del lodato Codice che la ipoteca convenzionale fosse stabilita con un atto stipulato in forma autentica avanti a due notai o avanti ad un notaio e a due testimoni? E che? Il proprietario che vende un immobile, che si spoglia irrevocabilmente della sua proprietà, che rinunzia per sempre a tutti i diritti che ha sul proprio fondo, fa forse un atto di minore importanza di una semplice costituzione d'ipoteca, la quale alla fine lascia integri i diritti di proprietà dell'ipotecante e ad altro non serve che a garantire un credito, che è un bene mobile? I contratti di vendita non danno forse vita al privilegio del venditore, al quale non fu pagato il prezzo? E i privilegi non sono ipoteche privilegiate, le quali differiscono dalle

(1) Vol. II, n. 413, pag. 191. — Troplong, art. 2181, n. 902. — Maleville, *Analyse raisonn.*, tome IV, art. 2148, 2181. — Duranton, tome XI, n. 348.

semplici solo in quanto hanno sopra queste un diritto di preferenza? E se le ipoteche semplici devono essere costituite con un atto fatto in forma autentica, perchè l'autenticità dell'atto non sarà egualmente necessaria per quei contratti, che possono dar vita ad un privilegio radicato sopra beni immobili? Non dispone l'articolo 931, che tutti gli atti di donazione tra vivi saranno stipulati avanti notaio sotto pena di nullità? Perchè alla stessa condizione non furono assoggettati tutti i contratti di alienazione di beni immobili a titolo oneroso, mentre, quanto alla trasmissione della proprietà dall'alienante nell'alienatario, non vi ha differenza tra i contratti di alienazione a titolo gratuito e quelli a titolo oneroso? A ragione il Grenier domandava al legislatore su questo punto una saggia riforma (1), ed io fo plauso alle sue giustissime osservazioni.

1191. L'aggiudicatario di un fondo venduto in un giudizio di espropriazione dovrà fare la trascrizione e adempiere le formalità del giudizio di purgazione per liberare l'acquistato fondo dai privilegi e dalle ipoteche? Per Diritto Romano il pegno si estingueva quando il debitore vendeva la cosa che ne era il soggetto coll'assenso del creditore, perchè l'approvazione data alla vendita si teneva in conto di una rinunzia al diritto di pegno. E sebbene alla semplice scienza del creditore, che non si opponeva alla vendita fatta dal debitore, non dessero le Romane Leggi il valore di una tacita rinunzia, tuttavia a questa regola facevano eccezione nel caso di una vendita fatta dal Fisco, perchè allora il silenzio dei creditori si aveva come una tacita rinunzia al diritto di pegno. Così pure nel caso di una vendita giudiziale le Leggi Romane dichiaravano estinto il pegno dei creditori, quando questi citati con pubblici proclami a far valere le loro ragioni sul fondo da vendersi, non avevano esercitati i diritti e le azioni a loro competenti (2). Quanto al Diritto Francese, il Troplong tiene come principio inconcusso che le formalità del giudizio di espropriazione purgano *ipso jure* il fondo espropriato da tutte le ipoteche e privi-

(1) « Je dois soumettre encore au législateur une autre observation. Tous les actes d'aliénation, qu'on veut soumettre à la transcription, devraient être revêtus des formes de l'authenticité. » (Grenier, tome II, n. 353.)

(2) N. 1151, pag. 327 e 328.

legi soggetti all'obbligo della inscrizione, senza che l'aggiudicatario sia tenuto all'adempimento delle formalità prescritte nel capo ottavo; e da questo principio deduce che i creditori ipotecari non inscritti non possono più accendere le loro inscrizioni dopo il decreto di aggiudicazione; che essendo rimasto estinto coll' aggiudicazione il diritto ipotecario di questi creditori, nessun diritto possono esercitare sul prezzo a preferenza dei creditori chirografari; e che i creditori inscritti prima del decreto di aggiudicazione non possono molestare coll' azione ipotecaria l'aggiudicatario, essendosi la loro ipoteca convertita in un diritto sul prezzo dell' aggiudicazione. Lo stesso Troplong però confessa che se questo punto non può essere contestato rispetto alle ipoteche ed ai privilegi soggetti alla inscrizione, è soggetto di grave disputa riguardo alle ipoteche legali dispensate dall'obbligo della inscrizione; ma nondimeno non si perita dal sostenere che anche queste ipoteche rimangono purgate colle formalità del giudizio di espropriazione, e confuta vittoriosamente una decisione contraria della Corte di Cassazione di Parigi del 22 giugno 1833 (1), dando luminoso esempio di franca indipendenza agli interpreti ed ai giureconsulti, ai quali è sempre lecito ribellarsi arditamente agli oracoli della suprema magistratura, se questa non rispettò la sacra autorità della legge e la verità inalterabile dei principj (2). Io fo plauso alla massima calorosamente propugnata dal Troplong, la quale s'accorda anche alla opinione del Persil (3). Il Codice Napoleone ha distinte due categorie d'ipoteche, le une soggette alla regola generale della inscrizione, le altre da questa formalità dispensate. Questa distinzione fra le ipoteche obbligò il legislatore ad introdurre in favore del terzo possessore, che vuole liberare la sua proprietà dai pesi ipotecari, due modi diversi di purgazione, l' uno per le ipoteche inscritte, l' altro per le ipoteche esenti dall' obbligo della inscrizione. Ma i capi VIII e IX, che indicano le due distinte maniere di purgazione, non fanno

(1) Troplong, art. 2181, n. 905, 906, 907 bis: art. 2195, n. 996.

(2) « Per quanto autorevole ed eminente sia un consesso di Giudici, ciò che dà valore ad un giudicato sono sempre le buone ragioni: mancando le quali, esso giudicato manca di ogni pregio, e non merita di passare in esempio. » (Niccolosi, *Proemio alla Raccolta delle Decisioni del Tribunale Supremo di Revisione di Parma*, pag. 26.)

(3) Persil, art. 2181, n. 23.

alcuna differenza tra possessore e possessore, ossia tra i titoli che trasferirono nel terzo possessore la proprietà del fondo da purgarsi; e dal complesso degli articoli sotto l' uno e l' altro contenuti chiaramente risulta che il terzo possessore negli stessi casi purga il fondo dalle ipoteche non inscritte colle formalità stabilite nel capo IX, nei quali lo libera dalle ipoteche inscritte colle formalità nel capo VIII determinate. La differenza delle forme prescritte nei due citati capi ha per unico motivo la diversità delle ipoteche da purgarsi, e non punto la condizione e il titolo del possessore che purga il fondo. Le formalità quindi del giudizio di espropriazione o hanno forza di render libero il fondo espropriato o no. Se hanno tale efficacia, devono liberare il fondo da tutte le ipoteche, tanto dalle inscritte, quanto dalle legali dispensate dalla inscrizione; e chi tiene che il giudizio di espropriazione purga il fondo dalle ipoteche inscritte, deve pure ammettere che lo libera altresì dalle legali non inscritte, qualunque sia la differenza delle formalità prescritte per le une e per le altre nei citati capi ottavo e nono. Risulta evidentemente dagli articoli contenuti sotto il capo VIII che le formalità in detto capo prescritte riguardano i terzi possessori, nei quali fu dal padrone trasferito il dominio dei beni da purgarsi con un atto di volontaria alienazione, a cui accenna il legislatore facendo parola del contratto di vendita e della donazione. E di ciò fa prova la disposizione dell' articolo 2187, il quale prescrive che in caso di nuova vendita all'incanto, la stessa si eseguirà *colle forme stabilite per le spropriazioni forzate.* Il quale articolo dimostra che il legislatore suppone che la vendita prima sia stata volontaria, non fatta colle forme proprie della forzata espropriazione. E dissipa su questo punto ogni dubbiezza la disposizione dell' articolo 834 del Codice di Procedura, il quale accorda la facoltà di domandare l' incanto, del quale fa parola il citato capo VIII del titolo 18 del Codice Civile, ai creditori che non inscrissero i loro crediti anteriormente all'alienazione, sì veramente che accendano la inscrizione entro 15 giorni dalla trascrizione del contratto della stessa alienazione. Il titolo, sotto il quale trovasi il detto articolo 834, *Della subasta per vendita volontaria*, mostra chiaramente che l' alienazione, onde si fa parola in detto articolo, è puramente volontaria. Anche le espressioni usate dal legislatore nel capo IX accennano soltanto all' alienazione volontaria, e non mai alla

forzata. Che se colle formalità prescritte nei capi VIII e IX del Codice Civile provvede il legislatore alla sola purgazione dei fondi trasferiti nel terzo possessore con un atto di volontaria alienazione, è forza il tenere che i fondi alienati colla vendita forzata non hanno duopo di essere liberati dai privilegi e dalle ipoteche con formalità estranee a quelle del giudizio di espropriazione, colle quali la legge tutela e difende principalmente l'interesse dei legittimi creditori aventi diritti sul fondo espropriato. Se le formalità del giudizio di espropriazione non bastassero a purgare il fondo espropriato dai privilegi e dalle ipoteche sul medesimo esistenti, non si potrebbe spiegare il perchè nei capi VIII e IX il legislatore restringe le formalità atte a purgare i fondi passati in potere di un terzo possessore al caso di una alienazione volontaria. Questa restrizione fatta dal legislatore nell'uso delle formalità del giudizio di purgazione è argomento non dubbio che i fondi alienati con una vendita forzata non hanno bisogno di essere purgati, e che le cautele e formalità del giudizio di espropriazione, onde l'interesse dei creditori ipotecari è garantito e protetto, producono di per sè sole la purgazione dello stesso fondo, e rendono perciò superfluo l'uso delle formalità atte a purgare i fondi alienati con un atto di volontaria alienazione. A che tendono infatti le solennità e cautele prescritte nei citati capi VIII e IX? A mettere al sicuro i creditori ipotecari dal pericolo dei danni che loro potrebbero derivare da un atto di alienazione volontaria compiuto a loro insaputa tra il debitore e il terzo possessore. Vuole perciò la legge che i creditori sieno diffidati a prendere cognizione di tutte le clausole del contratto, ed a domandare che il fondo, a cui potrebbe essere stato attribuito un valore troppo piccolo e basso, sia posto all'incanto ed alle pubbliche aggiudicazioni. La pubblicità del giudizio di espropriazione, e il modo solenne della vendita giudiziale del fondo, fatta indipendentemente dalla volontà del debitore, assicurano i creditori ipotecari da tutti que' pericoli e danni, che la legge provvida e zelante tutrice dei loro interessi e diritti volle appunto impedire colle formalità prescritte nei citati capi VIII e IX nel caso di una volontaria alienazione. I sostenitori della contraria opinione dicono che i modi di estinzione dei privilegi e delle ipoteche sono determinati nell'articolo 2180, il quale non fa parola del giudizio di espropriazione. A questa obbiezione, la

quale del resto dovrebbe valere tanto per le ipoteche inscritte quanto per le ipoteche legali dispensate dalla inscrizione, risponde il Troplong che il detto articolo 2180, n° 3°, indica fra i modi, onde si estinguono i privilegi e le ipoteche, l'adempimento in genere delle formalità e condizioni prescritte ai terzi possessori per render liberi i beni da essi acquistati, e che perciò anche le formalità del giudizio di espropriazione possono comprendersi sotto le espressioni generali usate nel citato articolo dal legislatore, il quale non ha fatta una speciale menzione delle formalità stabilite nei capi VIII e IX. Io sarò più indulgente del Troplong, ed ammetterò di buon grado che l'articolo 2180, n° 3°, si riferisce alle formalità determinate nei capi ora citati. Si dirà per questo che le formalità del giudizio di espropriazione non sono uno dei modi, onde le ipoteche ed i privilegi rimangono estinti? L'articolo 2180 ha taciuto altri modi, onde si spengono i privilegi e le ipoteche, e di queste omissioni non io certamente vorrò lodare i suoi Compilatori. La confusione, la perenzione del fondo, la risoluzione del diritto di proprietà dell' ipotecante non sono anch' esse modi legittimi ed incontrastabili, onde muoiono i privilegi e le ipoteche? Eppure l'articolo 2180 di questi modi non fa parola! A torto dunque dal silenzio dell' articolo 2180 vorrebbesi argomentare che il giudizio di espropriazione non è uno dei modi legittimi, onde si estinguono le ipoteche ed i privilegi esistenti a carico del fondo espropriato (1).

1192. Ciò che ho detto riguardo al giudizio di espropriazione non può ripetersi di quelle alienazioni che si fanno in giudizio colle solennità dell' asta per l' interesse dei minori ed interdetti e delle altre persone tutelate dalla legge. Imperocchè tali alienazioni, comecchè fatte in giudizio, non cessano di essere volontarie, e tutte le cautele e solennità a tal uopo necessarie furono ordinate pel solo interesse dei proprietari, in nome dei quali vengono fatte le alienazioni, e non punto per quello dei creditori che hanno ipoteca sui beni alienati. L' aggiudicazione che si fa nel giudizio di espropriazione si compie in contradittorio dei creditori aventi ipoteca sul fondo espropriato. Al contrario i cre-

(1) « La faculté de purger appartient à tout acquéreur, soit a titre onéreux, soit à titre gratuit..... L'adjudicataire sur expropriation forcée n'a pas de motif pour y procéder. » (Zachariæ, § 293 bis.)

ditori non sono punto citati a far valere i propri diritti nel caso delle vendite giudiziali fatte in nome e per l'interesse di quelle persone, che la legge tutela e difende con particolari solennità. Tali vendite perciò devono essere trascritte al pari delle alienazioni fatte privatamente senza le solennità dell'asta, e il compratore non può essere dispensato dalle formalità prescritte nei capi VIII e IX, se vuole liberare il fondo comprato dai privilegi ed ipoteche esistenti a carico dell'alienante e degli antecedenti proprietari (1).

1193. Il compratore, al quale l'erede benefiziato vende un fondo ereditario colle forme prescritte dalle leggi sulla procedura, dovrà fare la trascrizione del contratto e uniformarsi a tutte le solennità prescritte nei capi VIII e IX per liberare l'acquistato fondo dai privilegi ed ipoteche a carico della eredità esistenti? Il Troplong mette allo stesso livello le vendite dei beni dei minori ed interdetti e quelle fatte dall'erede benefiziato dei beni ereditari, e per le une e per le altre crede necessarie le formalità del giudizio di purgazione stabilite nei detti capi (2). Io non sono di questo avviso. L'erede benefiziato è incaricato dalla legge (3) di amministrare i beni ereditari, e deve render conto della sua amministrazione ai creditori del defunto ed ai legatari. Anche il tutore è l'amministratore dei beni del minore od interdetto, ma tra il tutore e l'erede benefiziato vi ha questa importantissima differenza, che il primo i beni amministra pel solo interesse del proprietario, di cui gli fu affidata la tutela; laddove il secondo amministra i beni ereditari per l'interesse dei creditori del defunto e dei legatari. Appunto l'erede benefiziato amministrar deve i beni ereditari per l'interesse dei creditori del defunto e dei legatari, perchè la massa dei creditori del defunto, nel numero dei quali sono altresì compresi i legatari, ha diritto di essere pagata sui beni ereditari preferibilmente alla massa dei creditori personali dell'erede. Il quale diritto compete ai creditori ereditari ed ai legatari *jure proprio*, ossia per forza e natura dell'inventario, il quale impedisce la confusione dei beni particolari dell'erede con quelli della eredità (4). L'erede benefiziato ha certa-

(1) Persil, art. 2181, n. 24.
(2) Troplong, art. 2181, n. 909.
(3) Art. 803.
(4) Vol. II, n. 472, pag. 310.

mente, non meno dell' erede puro e semplice, la proprietà piena ed assoluta dei beni ereditari; ma è vero altresì che gli è tolta la libera facoltà di disporre a proprio talento degli stessi beni, rispetto ai quali veste la qualità di legittimo amministratore per l'interesse dei creditori ereditari. I quali, se da una parte non possono avere alcun diritto sui beni particolari dell' erede, hanno dall'altra il diritto pieno ed esclusivo di essere pagati a preferenza dei creditori personali dello stesso erede col prezzo dei beni ereditari, destinati per legge alla soddisfazione dei loro crediti. Quando si tratta della alienazione fatta da un tutore, la legge non si cura che dell' interesse della persona investita della proprietà da alienarsi, e dei creditori della medesima neppur fa menzione. Al contrario nel caso di alienazione dei beni stabili appartenenti ad una eredità benefiziata, il legislatore non si contenta di stabilire che l'erede benefiziato non può vendere gli immobili che nelle forme prescritte dalle leggi sulla procedura, ma indica altresì l'uso che far deve del prezzo della vendita (1). E quando la vendita del fondo appartenente ad una eredità benefiziata e il pagamento del relativo prezzo sono stati eseguiti nel modo stabilito dalla legge, il compratore non può temere molestie nè da parte dei creditori della stessa eredità, nè da parte dei creditori particolari dell' erede benefiziato. Non da parte dei creditori ereditari: imperocchè o furono questi opponenti nel momento della distribuzione del prezzo, e allora avendo l' erede benefiziato pagato lo stesso prezzo secondo l' ordine ed il modo determinato dal Giudice, nessuna molestia possono arrecare al compratore: o non furono opponenti, e neppure in questo caso possono inquietare il compratore, perchè quando non vi sono creditori opponenti, la legge di Napoleone, attenendosi ai principj stabiliti dalle Romane Leggi (2), autorizza l' erede benefiziato a pagare i creditori ed i

(1) Art. 806, 807, 808, 809.

(2) « Alter effectus est, quod res hereditarias vendere, et tradendo dominium earum in emtores transferre possit, si modo defunctus dominus fuerit: sic ut eo casu emtores a nullo defuncti creditore hypothecario conveniri possint, aut rem venditam hypothecaria actione conventi reddere compellantur. Licet enim vulgo placuerit pignus alienatum a debitore vel a tertio transire cum suo onere in quemvis possessorem, atque etiam creditores potiora jura habentes pignus ab emtore avocare posse per hypothecariam actionem, etiam cum posterior creditor hypothecarius

legatari secondo che si presentano, ed ai creditori non opponenti, i quali non si presentano che dopo la liquidazione de' conti e dopo il pagamento della residua somma, non accorda azione di regresso che contro i legatari. Non da parte dei creditori particolari dell'erede benefiziato; imperocchè il diritto che hanno questi sui beni ereditari è sempre e necessariamente subordinato a quello che sugli stessi beni ha e può esercitare lo stesso erede benefiziato, da cui hanno causa. E siccome dei beni di una eredità benefiziata, che l'inventario tiene distinti dal patrimonio dell'erede, allora solo può trar profitto l'erede benefiziato, quando sieno soddisfatti tutti i creditori e legatari del defunto; così nessun diritto sui beni ereditari vantar potranno i creditori particolari dell'erede, quando il prezzo dei medesimi fu impiegato nel modo e colle norme stabilite dalla legge nel pagamento dei creditori ereditari. La ipoteca costituita dall'erede benefiziato sugli immobili ereditari venne radicata su beni, dei quali l'ipotecante, sebbene proprietario, non poteva disporre sè non sotto la condizione della intera soddisfazione dei creditori del defunto rappresentato dalla stessa eredità benefiziata qual persona morale, anzichè dallo stesso erede benefiziato. Ed una tale ipoteca si rende necessariamente inefficace, quando il pagamento dei creditori ereditari eseguito nel modo determinato dalla legge assorbe l'intero prezzo dei beni della eredità benefiziata venduti colle prescritte solennità. Se la vendita fatta dall'erede benefiziato colle solennità volute dalla legge è irretrattabile in faccia ai creditori della stessa eredità, i quali, come si è detto, hanno la sola azione contro i legatari, quando non essendo stati opponenti non si presentano che dopo la liqui-

distractionem fecit L. 8, C. *Qui potiores*, tamen hic contra constitutum fuit, emtorem ab herede cum inventario comparantem securum fore; ne alioquin evictis rebus venditis, emtori contra heredem vendentem actio de evictione detur, atque ita heres contra mentem Imperatoris, inventarii beneficium concedentis, in damno hæreat; quod longe magis moribus nostris, velut jus commune, comprobandum est, quoties heres bona defuncti solemniter auctione publica distrahi curavit. Proximus hisce est effectus tertius, quod nempe heres de ordine atque privilegiis creditorum non teneatur sollicitus esse, sed cuilibet primo venienti tuto solvere possit, tum ex pecunia in hereditate reperta, tum ex pretiis rerum hereditariarum ab herede distractarum; omnibusque erogatis non ultra teneatur creditoribus supervenientibus, utcumque privilegio prælationis aut hypotheca munitis. » (Voet, lib. 28, tit. 8, n. 19, 20.)

dazione de' conti ed il pagamento della residua somma, a più forte ragione, qualora il prezzo della vendita viene impiegato nella legale dimissione dei creditori ereditari, rimarrà imposto silenzio ai creditori particolari dell'erede benefiziato, il cui diritto è subordinato a quello dei creditori ereditari. Se dunque il compratore dei beni immobili di una eredità benefiziata venduti colle solennità stabilite dalla legge, il cui prezzo fu impiegato nel modo dalla stessa legge determinato nella dimissione dei creditori ereditari, non può essere molestato nè dai creditori della eredità benefiziata, comecchè anteriori di grado ai dimessi, nè dai creditori particolari dell'erede benefiziato, si può con tutta certezza concludere che il compratore dei detti beni, il quale nel pagamento del prezzo si uniformò religiosamente alle prescrizioni ed alle norme fissate dal legislatore, non ha bisogno di ricorrere al giudizio di purgazione per liberare i beni comprati dalle ipoteche e dai privilegi sui medesimi esistenti, o si tratti d'ipoteche costituite per crediti ereditari, oppure d'ipoteche accordate dallo stesso erede benefiziato a garanzia dei suoi creditori particolari, non potendo mai essere necessario al terzo possessore purgare l'acquistato fondo colle forme stabilite nei capi VIII e IX da privilegi e da ipoteche, pei quali non può essere molestato con azione ipotecaria. Il compratore di un fondo di una eredità benefiziata venduto nel modo solenne fissato dalla legge, giustificando la legale dimissione dei creditori ereditari, lungi dall'aver bisogno di adempiere le forme stabilite nei detti capi per la purgazione dei beni immobili, potrà con tutto il diritto invocare la disposizione dell'articolo 2160, e domandare la cancellazione di tutte le inscrizioni che non hanno più diritto di esistere. Ma se l'intero prezzo del fondo venduto non viene assorbito dal pagamento dei creditori ereditari, ed una parte di detto prezzo fu pagata o allo stesso erede benefiziato, o ai suoi creditori, in tal caso cessano le ragioni, onde il compratore, che impiegò tutto il prezzo nella dimissione dei pesi ereditari, rimane sicuro dal pericolo delle azioni ipotecarie, e per liberare il fondo comprato delle ipoteche dei creditori non dimessi, non può sottrarsi alla regola comune, a cui sono soggetti i terzi possessori, ossia all'adempimento delle formalità tutte stabilite nei capi VIII e IX per la purgazione dei fondi dai privilegi e dalle ipoteche esistenti a carico degli antecedenti proprietari.

1194. Può farsi il dubbio, se il coerede o condomino dovrà fare la trascrizione dell'atto di divisione e adempire le formalità del giudizio di purgazione per liberare i fondi a lui assegnati o aggiudicati dai privilegi e dalle ipoteche sui medesimi esistenti? Bisogna fare una distinzione. O si tratta delle ipoteche costituite durante la comunione dagli altri condomini, e per queste il condomino, a cui è toccato il fondo gravato, non ha mestieri di fare il giudizio di purgazione. Imperocchè in forza del principio stabilito dall'articolo 883, secondo il quale ogni erede è riputato solo ed immediato successore in tutti gli effetti componenti la sua quota, come se non avesse giammai avuta la proprietà degli altri effetti ereditari, le ipoteche imposte dal condomino sul fondo che a lui non rimane assegnato, si sciolgono *ipso jure* senza bisogno del giudizio di purgazione e non possono avere alcuna forza ed efficacia, nè in faccia ai terzi, nè in faccia al condomino, a cui fu assegnato o aggiudicato il fondo ipotecato, il quale potrà coll'appoggio dell'articolo 2160 domandare la cancellazione della ipoteca che restò coll'atto di divisione annullata (1). Se poi si tratta delle ipoteche costituite dall'autor comune, è duopo por mente che i debiti della eredità si dividono *ipso jure* fra i diversi coeredi, e che ciascuno è tenuto personalmente al pagamento della propria quota. Non potrà dunque il coerede col giudizio di purgazione liberare il fondo assegnatogli coll'atto di divisione dalle ipoteche sul medesimo gravitanti per la porzione del debito ereditario stante a suo carico, in quanto che il giudizio di purgazione non può mai giovare al possessore obbligato personalmente al pagamento del debito dalla ipoteca garantito (2). Ma siccome i coeredi, a cui toccarono fondi ipotecati a garanzia dei debiti ereditari, sono tenuti ipotecariamente come terzi detentori all'intero pagamento degli stessi debiti (3); così il coerede, a cui fu assegnato o aggiudicato un fondo ipotecato a garanzia dei debiti ereditari, potrà e dovrà fare la trascrizione dell'atto di divisione e adempire le formalità tutte del giudizio di purgazione per sottrarsi al pericolo delle azioni ipotecarie, a cui è esposto oltre la quota dei debiti ereditari stante a suo carico.

1195. La prima delle formalità da osservarsi dal terzo pos-

(1) Vol. III, n. 677, pag. 335.
(2) Grenier, tome II, n. 355. — Zachariæ, § 293 bis.
(3) L. 2, C. *Si unus ex plur. heredibus*. — Art. 873.

sessore che vuole liberare il fondo dai privilegi e dalle ipoteche sul medesimo esistenti è la trascrizione del titolo che gli trasferì il dominio. Ora accade esaminare una importantissima questione. Basterà che il terzo possessore, che intraprende il giudizio di purgazione, trascriva il suo proprio titolo che gli trasmise immediatamente la proprietà dell'immobile da purgarsi, oppure sarà necessario che faccia la trascrizione di tutti i contratti non trascritti anteriori al suo, onde la proprietà dello stesso immobile fu trasferita negli antecedenti proprietari? Il Persil opina che non basta la trascrizione dell'ultimo contratto, e che devono altresì essere trascritti i contratti tutti dei primi possessori, affinchè il fondo possa rimanere purgato da tutte le ipoteche sul medesimo esistenti, e così anche da quelle che furono imposte dagli antichi proprietari. Tiene egli però per sufficiente la trascrizione dell'ultimo contratto, quando in questo si trovino indicati i nomi di tutti i possessori, che tennero il fondo prima dell'ultimo alienante. Questa si è pure la opinione del Grenier, del Troplong, e di altri molti (1). Il Tarrible (2) rigetta l'accennata limitazione, e sostiene essere assolutamente necessaria la trascrizione per intiero di tutti i contratti anteriori, nonostante che nell'ultimo si trovi la indicazione dei nomi degli antichi proprietari. Ma un Decreto della Corte di Cassazione di Parigi del 13 dicembre 1813 ha stabilita una massima totalmente contraria alla opinione del Tarrible, rigettando altresì la distinzione introdotta dalla maggior parte degli Interpreti tra il contratto che indica il nome degli antichi proproprietari e il contratto che di questi non fa menzione. Secondo questo Decreto basta la sola trascrizione dell'ultimo contratto, sia che in questo si trovi la indicazione dei nomi dei primi proprietari, sia che di essi non sia fatta parola, e questa unica trascrizione seguita dalle altre formalità prescritte nel capo VIII produce la purgazione del fondo da tutte le ipoteche sul medesimo inscritte a carico tanto dell' ultimo venditore, quanto dei precedenti proprietari. A questo Decreto fa plauso il Duranton, adottandone pienamente la massima (3). A quale delle accennate opinioni dovrò io attenermi sopra un punto di tanta im-

(1) Persil, art. 2181, n. 21. — Grenier, tome II, n. 365. — Troplong, art. 2181, n. 913.

(2) Tarrible, Rép., *Transcrip.*, § 3, n. 2, p. 102.

(3) Duranton, tome XI, n. 360.

portanza? Prima di tutto non esito a rigettar francamente la distinzione fatta dal Grenier, dal Persil, dal Troplong e da più altri Interpreti tra il contratto di alienazione contenente la indicazione dei nomi degli antichi proprietari e il contratto che del solo ultimo venditore fa menzione. Questa distinzione dove trovasi scritta? Non è essa affatto arbitraria e capricciosa? O la trascrizione di tutti gli antecedenti contratti, oltre l'ultimo, è necessaria o no per la completa purgazione di tutte le ipoteche inscritte sul fondo. Se è necessaria, come ammettono i lodati Interpreti, non può essere supplita e surrogata da una semplice indicazione dei nomi degli antichi proprietari fatta nell'ultimo contratto. Il giureconsulto, che non può modificare la legge, non ha a parer mio che due sole opinioni, tra cui debba fare la scelta, o quella del Tarrible, che vuole la trascrizione di tutti i contratti, o l'altra della Corte di Cassazione, che giudicò bastevole la trascrizione dell'ultimo contratto. A questa ultima io do la preferenza, e per giustificare la mia scelta avverto prima di tutto che la decisione di questo punto non deve farsi colla scorta degli articoli 834 e 835 del Codice di Procedura, a cui ricorrono non pochi Interpreti. Questi articoli non hanno fatto altro che dare al creditore non inscritto al momento della alienazione una facoltà che non gli era accordata dal Codice Civile, la facoltà cioè d'inscrivere il credito anche dopo l'alienazione entro il termine di 15 giorni dalla fatta trascrizione, e con tale facoltà il diritto di domandare l'incanto del fondo venduto al pari dei creditori inscritti al momento dell'alienazione. Quanto all'obbligo della trascrizione considerata come formalità preparatoria del giudizio di purgazione, il Codice di Procedura non portò alcuna modificazione alle disposizioni del Codice Civile, dalle quali soltanto possono trarsi gli argomenti atti a persuadere, se alla opinione del Tarrible o alla decisione della Corte di Cassazione debba darsi la preferenza. Ciò premesso, secondo i principj del Codice Civile la trascrizione era forse un atto di diffidazione fatta ai creditori perchè accendessero le loro inscrizioni? No, no. Non era che una formalità preparatoria del giudizio di purgazione. E tanto è lungi che colla trascrizione fossero diffidati i creditori ad accendere le loro inscrizioni, che tutte le ipoteche non inscritte al momento della alienazione rimanevano estinte per fatto solo della stessa alienazione, la quale purgava *ipso jure* il fondo alienato dalle

ipoteche non inscritte. Secondo il Codice Civile la trascrizione era necessaria soltanto per la purgazione delle ipoteche al momento della alienazione già inscritte (1). Il che ammesso, di leggieri si scorge che poggia su falsa base il ragionamento che fanno i citati Interpreti per provare che è necessaria la trascrizione di tutti i contratti, o almeno la indicazione nell' ultimo dei nomi degli antichi proprietari. Dicono essi infatti che quando nell' ultimo contratto non sono nominati gli antecedenti proprietari, la trascrizione di questo contratto non può aver forza di mettere in mora e di eccitare alla inscrizione quei creditori, che non trovano nell' ultimo contratto trascritto i nomi dei loro debitori (2). Non crolla il fondamento di questo ragionamento a fronte delle massime del Codice Civile, secondo le quali la trascrizione non è destinata ad eccitare i creditori ad accendere le loro inscrizioni, ma è semplicemente una formalità preparatoria per la purgazione delle ipoteche già inscritte al momento dell' alienazione del fondo ipotecato? Sentì infatti il Grenier tutta la importanza di questa obbiezione, e lungi dal contraddire alla giustizia del Decreto della Corte di Cassazione del 13 dicembre 1813, si limita a dire che la massima stabilita da questo Decreto non è conciliabile colle modificazioni recate dall' articolo 834 del Codice di Procedura alle disposizioni del Codice Civile circa gli effetti risultanti dalla trascrizione (3). Sia pur vero ciò che dice il Grenier; ma io gli dimando, se la formalità della trascrizione è ingiunta al terzo possessore, che intraprende il giudizio di purgazione, dalle disposizioni

(1) Troplong, art. 2181, n. 895.

(2) « On aperçoit aisément la portée de cette question sous un régime qui considère la transcription comme un appel aux créanciers pour se faire inscrire. Il s'agit de savoir s'ils sont suffisamment mis en demeure par la transcription du contrat qui n'émane pas de leur débiteur direct, ou si au contraire, en ne se faisant pas inscrire dans la quinzaine, ils conservent néanmoins l'intégrité de leurs droits. » (Troplong, art. 2181, n. 913.)

(3) « Mais on sent que, pour le cas supposé, il est impossible de concilier les motifs que je viens de rapporter avec les conséquences qui se tirent de cet art. 834. Car puisque le créancier peut prendre une inscription dans la quinzaine après la transcription, il faut qu'il reçoive par cette transcription les avertissemens propres à lui annoncer qu'il doit faire faire son inscription, et s'il n'y a pas d'inscription de sa part, il se défendra sur ce qu'il a dû nécessairement ignorer la transcription, et son hypothèque restera. » (Grenier, tome II, n. 365.)

del Codice Civile, oppure da quelle del Codice di Procedura? Il Grenier non può non confessare che dalle prime e non dalle seconde deriva un tal obbligo. Ora le disposizioni del Codice Civile contenute sotto il capo VIII impongono al terzo possessore la trascrizione del solo contratto, che gli trasferì la proprietà dell'immobile da purgarsi. Ciò risulta evidentemente dalla disposizione dell'articolo 2183, il quale dichiara che il nuovo proprietario, che vuole garantirsi dagli effetti de' procedimenti permessi nel capitolo VI del presente titolo, è tenuto di notificare ai creditori nel domicilio da essi eletto nelle loro inscrizioni 1. *l' estratto del suo documento;* 2. *l' estratto della trascrizione dell' atto di vendita.* Non è chiaro per le citate parole dell'articolo 2183 che la trascrizione, a cui accenna il legislatore, è quella soltanto dell'atto che trasferì il diritto di proprietà nell'acquirente che intraprende il giudizio di purgazione? A che dunque, per sostenere la necessità della trascrizione di tutti i contratti di vendita, o almeno della indicazione nell'ultimo dei nomi di tutti gli antecedenti proprietari, si mettono in campo ragioni che non possono avere alcuna forza secondo l'ordine di cose stabilito dal Codice Civile, ossia da quel Codice, dal quale emana l'obbligo della trascrizione come base del giudizio di purgazione? E se questo Codice dimanda la sola trascrizione dell'atto che trasferì la proprietà nel possessore del fondo da purgarsi, invano si pretende dedurre la necessità della trascrizione dei contratti anteriori dagli effetti attribuiti dal Codice di Procedura alla formalità della trascrizione. Imperocchè questo Codice cogli articoli 834 e 835, nei quali fa parola della trascrizione dei contratti di alienazione, accenna evidentemente a quella trascrizione che è richiesta dal Codice Civile come base del giudizio di purgazione. E siccome la trascrizione prescritta dal Codice Civile negli articoli contenuti sotto il capo VIII è quella soltanto del contratto di alienazione che trasferì il diritto di proprietà nel terzo possessore che fa il giudizio di purgazione; così le disposizioni del Codice di Procedura, lungi dal poter dare qualche appoggio alla opinione ch'io combatto, concorrono a confermare e convalidare la massima ch'io difendo, come quelle che si riportano a quella stessa trascrizione, che viene dal Codice Civile ordinata come formalità fondamentale del giudizio di purgazione. Il Codice di Procedura modifica forse le disposizioni degli articoli 2181 e 2183 del Codice Civile quanto alla formalità della

trascrizione da eseguirsi dal terzo possessore che intraprende il giudizio di purgazione? No certamente. L'articolo 834 del Codice di Procedura ha portato una modificazione alla sola disposizione dell'articolo 2185 del Codice Civile. Quest'articolo infatti del Codice Civile accorda il diritto di chiedere che sia posto all'incanto l'immobile da purgarsi a qualunque creditore di cui è inscritto il titolo. Ma questa disposizione poteva essere utile soltanto ai creditori aventi una inscrizione anteriore all'alienazione, perchè, come più volte si è detto, le ipoteche non inscritte prima della alienazione rimanevano *ipso jure* perente ed estinte col fatto stesso dell'alienazione, la quale trasferiva secondo i principj del Codice Civile nell'alienatario il fondo già purgato dalle ipoteche non inscritte. Al contrario il citato articolo 834 del Codice di Procedura accorda il diritto di chiedere l'incanto a tutti i creditori, che accesero la inscrizione della loro ipoteca o del privilegio entro giorni 15 dalla eseguita trascrizione dell'atto, onde fu trasferita la proprietà nel terzo possessore. E con questa disposizione, la quale importa virtualmente che l'alienazione non purga più l'immobile alienato dalle ipoteche non inscritte, e che i creditori non inscritti al momento dell'alienazione possono accendere una valida inscrizione anche dopo, si veramente che la dimandino entro 15 giorni dalla trascrizione del contratto eseguita dall'alienatario, fu esteso semplicemente ai creditori inscritti entro 15 giorni dalla detta trascrizione il diritto di chiedere l'incanto del fondo, di cui si fa il giudizio di purgazione, diritto che secondo l'articolo 2185 del Codice Civile era ristretto ai soli creditori inscritti al momento dell'alienazione. Ecco in che il Codice di Procedura col citato articolo ha modificato la disposizione dell'articolo 2185 del Codice Civile! Il Codice di Procedura non ha cambiato le disposizioni riguardanti le formalità da adempirsi dal terzo possessore che vuol fare il giudizio di purgazione, ma ha semplicemente allargato il numero dei creditori che possono nel giudizio di purgazione intrapreso dal terzo possessore colle solennità stabilite nel capo VIII far uso della loro ipoteca e del loro privilegio. Dalla disposizione pertanto del citato articolo del Codice di Procedura, che certamente non ha avuto per iscopo di moltiplicare a carico del terzo possessore le formalità prescritte dal Codice Civile pel giudizio di purgazione, altra conseguenza non può dedursi se non che i creditori degli antecedenti proprie-

tari, al pari dei creditori dell' ultimo venditore del fondo da purgarsi, potranno inscrivere le loro ipoteche ed i loro privilegi entro 15 giorni dalla trascrizione fatta dall'ultimo compratore che fa il giudizio di purgazione, ben inteso quando non sieno state trascritte le anteriori alienazioni, e domandare coll'appoggio dell' accesa inscrizione l' incanto del fondo. Tizio, p. e., vende a Caio il fondo A già ipotecato a favore di Pietro. Caio ipoteca il fondo comprato a Carlo, e poscia lo vende a Seio. Seio ipoteca anch'esso il fondo a Lucio, e dopo lo vende a Cornelio. Il fondo comprato da Cornelio è gravato da tre ipoteche: l'una a favore di Pietro a carico del primo venditore Tizio; la seconda a favore di Carlo a carico del secondo venditore Caio; la terza a favore di Lucio a carico dell' ultimo venditore Seio. Non furono trascritte mai nè la vendita fatta da Tizio a Caio, nè quella fatta da Caio a Seio. Cornelio vuol fare il giudizio di purgazione e trascrive il suo contratto di compra a rogito Meleri. Durante i 15 giorni dalla trascrizione di questo rogito Meleri potranno accendere la inscrizione sul fondo A da purgarsi i creditori Pietro, Carlo e Lucio. Ecco il risultato dell' articolo 834 del Codice di Procedura! Secondo i principj del Codice Civile le ipoteche di Pietro, di Carlo e di Lucio sarebbero rimaste estinte, la prima per l' alienazione fatta da Tizio a Caio, la seconda per la vendita di Caio a Seio, la terza per l' alienazione fatta da Seio a Cornelio del fondo ipotecato, e nessun diritto avrebbero potuto esercitare gli accennati creditori contro il detto fondo passato in potere dell' ultimo compratore Cornelio. Ma la facoltà data dall' articolo 834 del Codice di Procedura ai creditori ipotecari d' inscrivere le loro ipoteche entro 15 giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione del fondo ipotecato, e di chiedere dello stesso fondo il pubblico incanto, dà diritto non solo a Lucio, creditore dell' ultimo venditore Seio, ma altresì a Carlo e a Pietro creditori dei più antichi proprietari Caio e Tizio d' inscrivere le loro ipoteche entro i 15 giorni dalla trascrizione dell' alienazione fatta da Seio a Cornelio, non essendo mai stati trascritti i contratti delle vendite anteriori. È certamente importantissima la modificazione fatta dal citato articolo 834 del Codice di Procedura ai principj del Codice Civile, ma dal confronto di quest'articolo colle disposizioni tutte contenute sotto il capo VIII del Codice Civile nessun argomento può trarsi per sostenere che il legislatore mo-

dificò le disposizioni del Codice Civile quanto all' adempimento della formalità della trascrizione del contratto di alienazione imposta dallo stesso Codice al terzo possessore come condizione indispensabile del giudizio di purgazione. E siccome la trascrizione, che secondo le disposizioni di questo Codice deve essere la base del giudizio di purgazione, è quella del solo contratto di alienazione, che trasferì nel possessore che intraprende il giudizio di purgazione la proprietà dell' immobile da purgarsi; così con questa sola trascrizione, qualunque sieno i termini del contratto, sieno in esso indicati o no i nomi degli antecedenti proprietari, il terzo possessore adempirà interamente alle prescrizioni della legge, senza bisogno di ricorrere ai ripieghi arbitrari suggeriti dal capriccio di alcuni giureconsulti, ripieghi che d' altronde non potrebbero mai soddisfare al voto della legge, quando questa comandasse la trascrizione di tutti i contratti di alienazione che precedettero quello dell' ultimo possessore del fondo da purgarsi. Si dirà che il nuovo proprietario che fa il giudizio di purgazione ha l' obbligo di fare ai creditori inscritti le notificazioni prescritte dall' articolo 2183, e che perciò le dette notificazioni dovranno farsi altresì ai creditori degli antecedenti proprietari, i quali non possono perdere il loro diritto d' ipoteca se non sono nei debiti modi citati ad esercitare le loro ragioni sul fondo da purgarsi. È questa una verità incontrastabile, ch' io ammetto senza esitanza. La base del giudizio di purgazione è certamente la trascrizione del contratto di alienazione, onde fu trasferito il dominio nell' ultimo possessore; ma le formalità che conducono alla purgazione del fondo sono principalmente le accennate notificazioni, non potendo un fondo rimanere purgato mai dalle ipoteche sul medesimo esistenti, se i creditori ipotecari non sono diffidati ad esperimentare i loro diritti nel giudizio di purgazione. Il legislatore colle generali espressioni dell' articolo 2183 contempla evidentemente qualunque creditore che abbia una ipoteca inscritta sul fondo da purgarsi, o sia questa accesa a carico dell' ultimo venditore, o a carico degli antichi proprietari. Non può cader dubbio sulla necessità che stringe il terzo possessore, il quale vuole purgare il proprio fondo da tutte le ipoteche sul medesimo esistenti, di fare a tutti i creditori inscritti le notificazioni col detto articolo 2183 prescritte. Il terzo possessore è solo dispensato per la disposizione dell' articolo 835 del Codice

di Procedura dall'obbligo di fare le accennate notificazioni ai creditori che non hanno una inscrizione anteriore alla trascrizione dell'atto di alienazione. Ma quanto ai creditori inscritti anteriormente alla detta trascrizione, l'obbligo che ha il terzo possessore di fare le dette notificazioni è generale ed assoluto, e non può quindi farsi alcuna differenza tra i creditori dell' ultimo venditore, e quelli degli antecedenti proprietari. Ma da quest' obbligo che ha il terzo possessore deriva forse la conseguenza che egli debba fare la trascrizione di tutti gli atti di alienazione anteriori al suo? No certamente. Dal detto obbligo altra conseguenza non può dedursi se non che il terzo possessore deve dare al Conservatore le opportune indicazioni dei nomi degli antecedenti proprietari, affinchè le inscrizioni a carico di questi accese non sieno omesse nel certificato da rilasciarsi dallo stesso Conservatore. Se il terzo possessore chiedente il certificato delle inscrizioni accese sul fondo da purgarsi non farà tutti conoscere i nomi degli antichi proprietari al Conservatore delle Ipoteche, non potrà questi comprendere nel certificato le inscrizioni accese a carico dei proprietari che non furono indicati, e lo stesso Conservatore non sarà risponsabile dei danni derivanti dalla omissione delle dette inscrizioni dipendente dalla colpa dello stesso terzo possessore, che non fornì le indicazioni necessarie. Ma dall' interesse che ha il terzo possessore di dare al Conservatore le indicazioni dei nomi degli antichi proprietari del fondo da purgarsi non può in alcun modo argomentarsi l' obbligo e la necessità di domandare la trascrizione degli antichi contratti di alienazione. Imperocchè la legge non determinando i mezzi, da cui debba attingere il terzo possessore le indicazioni da fornirsi al Conservatore, lascia allo stesso terzo possessore la libertà della scelta, e con essa la risponsabilità delle conseguenze che possono derivare dalla omissione nel certificato delle inscrizioni accese a carico degli antichi proprietari cagionata da insufficienti indicazioni, anzichè dalla colpa del Conservatore. Ammetto anch' io col Persil che il terzo possessore, il quale dimanda il certificato delle inscrizioni per valersene nel giudizio di purgazione, deve dare al Conservatore non solo le indicazioni riguardanti il fondo, ma quelle altresì che si riferiscono ai diversi possessori, e di buon grado gli concedo che la trascrizione dell' ultimo contratto non fa conoscere al Conservatore che il nome dell' ultimo venditore, e che

lo stesso Conservatore non può incorrere in alcuna risponsabilità omettendo nel certificato le inscrizioni accese a carico degli antichi proprietari non indicati nell' ultimo contratto; ma gli nego la conseguenza che egli tira dalle accennate premesse (1), gli nego cioè che per questo il terzo possessore debba fare la trascrizione di tutti gli antecedenti contratti. Dalle dette premesse la sola conseguenza che può trarsi è che il terzo possessore, se gli cale di purgare il proprio fondo da tutte le inscritte ipoteche, deve darsi pensiero d' indicare al Conservatore i nomi tutti dei primi possessori, se gli antichi contratti di alienazione non furono trascritti, o l' ultimo che si trascrive non fa menzione dei nomi dei proprietari anteriori. Ma quando il nuovo possessore avrà date al Conservatore le indicazioni a tal uopo opportune o col mezzo di un certificato dell' Uffizio del Censo, o esibendo i rogiti delle passate alienazioni, il nuovo possessore avrà fatto dal canto suo tutto che era necessario per ottenere un completo certificato, coll' appoggio del quale potrà senza pericolo fare le notificazioni prescritte dall' articolo 2183 a tutti i creditori inscritti sul fondo. Del resto lo stesso ripiego sostituito dal Persil e da altri alle trascrizioni degli anteriori contratti dimostra evidentemente che queste non sono punto necessarie, e che la base fondamentale del giudizio di purgazione è la sola trascrizione dell' ultima alienazione che trasferì la proprietà nel possessore che intraprende il giudizio di purgazione. Perchè infatti il Persil e gli altri Interpreti succitati credono bastevole la trascrizione dell' ultimo contratto, se in questo furono indicati i nomi degli antichi proprietari? Non per altro se non perchè allora il Conservatore è in grado di registrare nel certificato le inscrizioni tutte accese sul fondo a carico dei diversi possessori (2).

(1) « Ainsi, la transcription de tous les actes de propriété doit être requise; autrement on ne purge que les hypothèques créées du chef de celui dont l'acte est transcrit. » (Persil, art. 2181, n. 21.)

(2) « Cependant nous proposerons une restriction: il arrive souvent que les contrats de vente désignent les précédens propriétaires..... Dans ce cas la transcription du dernier contrat de vente nous semblerait suffisante pour purger, tant les hypothèques créées du chef de Secundus que celles déjà établies par Primus. La raison en est que le Conservateur, trouvant dans l'acte transcrit les renseignemens nécessaires pour chercher les hypothèques qui grèvent l'immeuble, il ne devra imputer qu'à lui-même

Ora io domando al Persil e ai suoi seguaci: quando il terzo possessore nell'atto di chiedere il certificato di tutte le inscrizioni accese sul fondo fornisce al Conservatore le indicazioni, mancanti nel contratto trascritto, dei nomi degli antichi possessori, desumendole da fonti non dubbie, p. e., da un certificato del Censo, o dagli stessi rogiti comprovanti con ordine regolare le diverse alienazioni, anche in questo caso il Conservatore non è posto in grado di rilasciare al possessore un completo certificato contenente tutte le inscrizioni accese sul fondo a carico dell'ultimo non meno che degli antecedenti proprietari? Ciò posto, se i sostenitori della opinione da me combattuta credono che il possessore sia dispensato dall'obbligo di fare la trascrizione degli antecedenti contratti nel caso in cui i nomi dei primi proprietari trovansi indicati nel contratto ultimo, di cui viene fatta la trascrizione, è duopo confessino che la trascrizione delle alienazioni anteriori non è rigorosamente necessaria come formalità sostanziale del giudizio di purgazione. E per la stessa ragione che essi sono paghi della sola trascrizione dell'ultimo contratto contenente la indicazione dei nomi dei diversi proprietari appunto perchè allora può rilasciarsi dal Conservatore un completo certificato di tutte le inscrizioni accese sul fondo, dovranno contentarsi sempre di questa sola trascrizione, sebbene nell'ultimo contratto non sieno indicati i nomi degli antichi proprietari, quando il possessore fornisca all'Uffizio delle Ipoteche in modo non equivoco le indicazioni mancanti nel contratto trascritto, potendo anche in questo caso il Conservatore illuminato dalle indicazioni a lui somministrate dal possessore rilasciare un completo certificato di tutte le inscrizioni accese sul fondo. E che diranno i miei avversari se con un semplicissimo esempio loro dimostro che neppure colla trascrizione regolare di tutti i contratti delle avvenute alienazioni del fondo da purgarsi il terzo possessore può sempre rimaner tranquillo e fidarsi del rilasciato certificato? Tizio vende il fondo A a Caio, il quale trascrive il rogito di vendita. Muore Caio, di cui è erede unico Sempronio. Non guari dopo muore anche Sempronio, lasciando unico erede Luigi. Questo Luigi, divenuto proprietario del fondo A, lo vende a Seio, il

de n'avoir pas compris dans ses certificats celles prises sur Primus, comme celles consenties par Secundus. » (Persil, art. 2181, 2182, n. 21.)

quale trascrive il suo contratto, e Seio lo vende a Cornelio, ed anche Cornelio trascrive il contratto, e poscia intraprende il giudizio di purgazione. Tutti i contratti furono trascritti, il primo di Tizio con Caio, il secondo di Luigi con Seio, ed il terzo di Seio con Cornelio. Se il Conservatore farà il certificato delle ipoteche inscritte sul fondo A sull'appoggio dei diversi contratti di alienazione già trascritti, un tale certificato conterrà le ipoteche inscritte a carico di Tizio primo venditore, di Caio primo compratore, di Luigi secondo venditore, di Seio secondo compratore ed ultimo venditore. Ma un tale certificato non potrà far menzione delle ipoteche inscritte a carico di Sempronio erede di Caio ed autore immediato di Luigi, se di Sempronio non fa parola il contratto già trascritto della vendita fatta da Luigi a Seio. Per avere un certificato completo e poter fare le notificazioni prescritte dall'articolo 2183 a tutti i creditori inscritti sul fondo da purgarsi, l'ultimo possessore Cornelio dovrà indicare al Conservatore il nome di Sempronio quale erede di Caio ed autore di Luigi, ed allora solo potrà ottenere un completo certificato di tutte le inscrizioni accese sul fondo, e liberarsi per sempre dal temuto pericolo delle azioni ipotecarie. Dal quale esempio si rileva che neppure la trascrizione di tutti i contratti di alienazione del fondo da purgarsi può bastare allo scopo, cui mira il giudizio di purgazione, se l'ultimo possessore che dimanda il certificato delle ipoteche inscritte non supplisce con opportune indicazioni fornite al Conservatore i vuoti lasciati dai trascritti contratti. E questa osservazione sia suggello che sganni chiunque crede da qualunque pericolo assicurata la proprietà del possessore che adempì le formalità del giudizio di purgazione sull'appoggio della trascrizione di tutti i contratti di alienazione di cui fu di mano in mano soggetto il fondo purgato. Così io sciolgo la questione che lasciai indecisa nel secondo volume, allora che parlai della trascrizione, onde si conserva il privilegio del venditore (1).

1196. Se l'atto da trascriversi è comune a più persone, è fuor di dubbio che la trascrizione per intero chiesta da uno degli interessati giova anche all'altro, il quale resta dispensato dal chiederne una nuova, quando si tratta di fondi posti sotto lo stesso circondario. Così se con rogito Fierli Tizio dà a Seio

(1) N. 411, pag. 189.

il fondo A e riceve in permuta il fondo B, la trascrizione del detto rogito Fierli domandata da Tizio gioverà altresì a Seio, ben inteso quando i due fondi sieno posti sotto il circondario del medesimo Conservatore. Ma se i fondi A e B saranno situati sotto diversi circondari, in tal caso la trascrizione fatta dal proprietario del fondo A non gioverà al padrone del fondo B, perchè i contratti di alienazione devono essere trascritti dal Conservatore, nel cui circondario i fondi alienati si trovano (1).

Articolo 2182.

La semplice trascrizione dei titoli translativi di dominio sopra il registro del Conservatore, non libera l'immobile dai privilegi e dalle ipoteche sopra di esso esistenti.

Il venditore trasferisce soltanto nell'acquirente la proprietà e le ragioni che egli aveva sulla cosa venduta, con i medesimi privilegi ed ipoteche di cui era gravata.

SOMMARIO.

1197. La semplice trascrizione dell'atto di alienazione non basta per la purgazione del fondo alienato dalle ipoteche inscritte; ma anche di per sè sola purga e libera il fondo dai privilegi e dalle ipoteche non inscritte entro 15 giorni dalla sua esecuzione.

1197. Le ipoteche ed i privilegi essendo oneri reali seguono necessariamente il fondo anche dopo il passaggio di questo dall'antico al nuovo proprietario, il quale ne acquista il dominio cogli stessi vincoli che lo legavano prima dell'alienazione, non potendo una proprietà gravata passar libera nelle mani dell'alienatario in forza del principio: « Nemo plus juris ad alium trans-

(1) Troplong, art. 2181, n. 910.

ferre potest, quam ipse habet (1). » Se non che essendo la inscrizione una condizione voluta dal nuovo Sistema Ipotecario per la efficacia delle ipoteche e dei privilegi costituiti sui beni immobili, secondo il Codice Civile le sole ipoteche e privilegi inscritti seguono il fondo alienato, il quale rimane perciò purgato *ipso jure* pel fatto della stessa alienazione dalle ipoteche e dai privilegi non inscritti. Delle ipoteche poi e dei privilegi, che trovandosi inscritti nel momento dell' alienazione rimangono anche dopo di questa radicati sul fondo, l' alienatario non può ottenere la liberazione se non coll' adempimento delle formalità del giudizio di purgazione a tal uopo stabilite dalla legge nel capo VIII, la prima delle quali è la trascrizione del contratto, onde fu trasferita nello stesso alienatario la proprietà dell' immobile gravato. E appunto perchè la trascrizione dell' atto di alienazione non è che la solennità preparatoria e fondamentale del giudizio di purgazione, la detta trascrizione non può bastare alla liberazione del fondo dalle ipoteche e dai privilegi inscritti. Dichiara perciò l' articolo 2182 che la semplice trascrizione dei titoli translativi di dominio sopra il registro del Conservatore non libera l' immobile *dai privilegi e dalle ipoteche sopra di esso esistenti;* ossia dai privilegi e dalle ipoteche già inscritte (2). Queste massime del Codice Civile sono state modificate dall'articolo 834 del Codice di Procedura, in forza del quale anche i privilegi e le ipoteche non inscritte accompagnano il fondo alienato, e possono rendersi efficaci dopo l' alienazione mediante la inscrizione eseguita entro 15 giorni dalla trascrizione dell' atto, che trasferì nel nuovo possessore il dominio del fondo ipotecato. Dopo la pubblicazione del quale articolo la trascrizione dell' atto di alienazione, che secondo le anzidette massime del Codice Civile era semplicemente una formalità preparatoria del giudizio di purgazione, col quale il terzo possessore libera il fondo dai privilegi e dalle ipoteche inscritte, non conservò questo solo carattere, ma divenne altresì una formalità atta a purgare *ipso jure* il fondo alienato dalle ipoteche e dai privilegi non inscritti entro 15 giorni dalla sua esecuzione. E però la trascrizione dell' atto di alienazione fa oggi un doppio uffizio. Imperocchè è ad un tempo la formalità fondamentale del giudizio di purgazione del fondo alienato

(1) L. 54, D. *De div. reg. Juris.*
(2) N. 1066, pag. 91.

dai privilegi e dalle ipoteche debitamente inscritte, ed è inoltre una formalità atta di per sè sola senza bisogno dell'aiuto delle altre formalità stabilite pel giudizio di purgazione a liberare il fondo alienato dalle ipoteche e dai privilegi non inscritti entro 15 giorni. Dal che nasce che la prima parte dell'articolo 2182 corre anche oggi ed ha piena forza rispetto ai privilegi ed alle ipoteche regolarmente inscritte, come quelle che non ostante la trascrizione non possono rimanere purgate se tutte non sono osservate le formalità del giudizio di purgazione prescritte nel capo VIII; ma non può in alcun modo applicarsi alle ipoteche ed ai privilegi non inscritti entro 15 giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione, perchè in forza dell'accennata disposizione del Codice di Procedura la semplice trascrizione del titolo, col quale venne trasferito il dominio nel nuovo possessore, libera e purga l'immobile alienato dalle ipoteche e dai privilegi anteriori all'alienazione non inscritti entro 15 giorni dalla stessa trascrizione (1).

Articolo 2183.

Se il nuovo proprietario vuole garantirsi dagli effetti de' procedimenti permessi nel capitolo VI del presente titolo, è tenuto prima che sia promossa l'istanza, o dentro un mese al più tardi, da computarsi dalla prima fattagli intimazione, di no-

(1) « Secondo il Sistema Ipotecario portato dal Codice Italiano non è efficace l'inscrizione presa contro il terzo possessore dello stabile di cui erasi convenuta l'ipoteca, se l'inscrizione è fatta scorsi 15 giorni dopo la trascrizione dell'atto traslativo il dominio, come dispone all'articolo 834 il Codice di Procedura Civile del Regno Italiano. Nè giova l'articolo 2183 del Codice Civile, il quale prescrive che la semplice trascrizione non libera l'immobile dai privilegi ed ipoteche sopra di esso esistenti, poichè *per ipoteca esistente quella sola s' intende che è stata opportunamente inscritta,* come espressamente rilevasi dagli articoli 2166, 2183 del suddetto Codice. » (Collezione delle Massime di Diritto stabilite dal Sup. Consiglio di Modena, tomo V, Dec. 1025 del 28 Giugno 1833, pag. 156.)

tificare ai creditori nel domicilio da essi eletto nelle loro inscrizioni,

1°. L'estratto del suo documento contenente soltanto la data e la qualità dell'atto, il nome e l'indicazione precisa del venditore o del donante, la natura e la situazione della cosa venduta o donata; e trattandosi di un corpo di beni, la sola denominazione generale della tenuta e dei distretti, in cui si trova situata, il prezzo ed i carichi formanti parte del prezzo della vendita, o la valutazione della cosa, se questa è stata donata;

2°. L'estratto della trascrizione dell'atto di vendita;

3°. Una tabella in tre colonne, la prima delle quali conterrà la data delle ipoteche e quella delle inscrizioni; la seconda, il nome dei creditori; la terza, l'ammontare dei crediti inscritti.

SOMMARIO.

1198. Il terzo possessore entro qual termine deve cominciare il giudizio di purgazione?

1199. Che cosa devono contenere le notificazioni volute dall'articolo 2183?

1200. Le notificazioni prescritte dall'art. 2183 devono farsi ai soli creditori inscritti prima della trascrizione dell'atto di alienazione. Sono valide, sebbene sieno fatte non al domicilio eletto nelle inscrizioni, ma al domicilio reale dei creditori inscritti.

1201. Se il terzo possessore sia dispensato dal fare le notificazioni prescritte dall'articolo 2183 ai creditori inscritti dopo la trascrizione dell'atto di alienazione anche quando manchino assolutamente creditori inscritti anteriormente alla detta trascrizione.

1202. Ai minori ed alle donne, che inscrissero le loro ipoteche legali posteriormente alla trascrizione del contratto di alienazione, dovranno dal terzo possessore farsi le notificazioni volute dall'articolo 2183?

1203. Il terzo possessore, che intraprende il giudizio di purgazione,

dovrà fare le notificazioni prescritte dall'articolo 2183 ai creditori che hanno alcuno dei privilegi generali dell'articolo 2101?

1204. Se ad uno dei creditori inscritti prima della trascrizione il terzo possessore non fece la notificazione voluta dall'articolo 2183, quali saranno le conseguenze di una tale omissione?

1205. In quali casi le notificazioni prescritte dall'art. 2183 dovranno aversi per nulle e di niun effetto?

1206. Il terzo possessore, che fa ai creditori inscritti le notificazioni ordinate dall'articolo 2183, dovrà attribuire un valore al fondo, non solo nel caso di donazione, ma anche in qualunque altro caso di alienazione a titolo oneroso, quando il prezzo non fu determinato nel contratto.

1207. Il terzo possessore deve attribuire colle notificazioni un valore certo ai carichi formanti parte del prezzo che hanno un valore indeterminato.

1198. Il terzo possessore di un immobile ipotecato è esposto all'azione ipotecaria dei creditori inscritti, i quali possono citarlo o a pagare tutti gl'interessi e capitali esigibili, qualunque sia la somma cui possano ammontare, o a rilasciare senza alcuna riserva l'immobile ipotecato. Ma egli può prevenire le conseguenze della detta azione adempiendo spontaneamente le formalità del giudizio di purgazione prescritte nel capo VIII prima che sia contro di lui promossa la causa dai creditori ipotecari, e può anche coll'adempimento delle stesse formalità schermirsi dall'azione che gli venne intentata da un qualche creditore. Se non che nel primo caso, prima cioè di essere molestato con azione ipotecaria, il terzo possessore è libero di fare ai creditori le notificazioni e dichiarazioni prescritte negli articoli 2183 e 2184 quando a lui piaccia, non assegnandogli la legge alcun termine per incominciare il giudizio di purgazione; laddove nel secondo, quando cioè vuole evitare le conseguenze dell'azione ipotecaria già contro di lui intentata, è obbligato dentro un mese al più tardi, da computarsi dalla prima fattagli intimazione, di fare ai creditori le dette notificazioni e dichiarazioni. Dopo che il terzo possessore venne molestato con azione ipotecaria da un qualche creditore, ha tre partiti da scegliere: o pagare il creditore che promosse il giudizio; o rilasciare l'immobile; o incominciare il giudizio di purgazione facendo ai creditori inscritti le notificazioni prescritte dall'articolo 2183. Ma a quest'ultimo partito deve appigliarsi

dentro un mese al più tardi dalla prima fattagli intimazione di pagare o di rilasciare l'immobile, ossia dalla intimazione fattagli dal creditore più diligente, e scorso un tal termine che la legge gli assegna in modo assoluto e perentorio, qualunque creditore ipotecario acquista il diritto di fare a carico di lui il giudizio di espropriazione. E dentro il detto mese dalla prima intimazione a lui fatta non basta che il terzo possessore faccia trascrivere il suo contratto, sebbene la trascrizione sia la prima delle formalità del giudizio di purgazione; imperocchè l'articolo 2183 gl'impone l'obbligo assoluto di fare entro il detto termine le notificazioni prescritte dallo stesso articolo, le quali devono necessariamente essere posteriori alla trascrizione del contratto di alienazione, in quanto che anche l'estratto della detta trascrizione deve essere notificato ai creditori inscritti (1). Può darsi che non ostante il mese trascorso da che fu fatta al terzo possessore la intimazione di pagare o di rilasciare l'immobile, nessuno dei creditori inscritti incominci a carico di lui il giudizio di espropriazione. Potrà in questo caso il terzo possessore fare le notificazioni volute dall'articolo 2183? Dalle parole imperative di questo articolo, che costringe il terzo possessore ad adempiere le formalità del giudizio di purgazione dentro un mese al più tardi dalla prima intimazione a lui fatta, è forza il dedurre che dopo il detto mese il terzo possessore resta decaduto dal benefizio di fare le dette notificazioni, e che perciò i creditori ipotecari non possono più essere impediti dal procedere al giudizio di espropriazione a carico dello stesso terzo possessore (2), il quale non avendo fatto uso nel termine assegnatogli dei benefizi concessigli dalla legge, quali sono la facoltà del rilascio dell'immobile, e il giudizio di purgazione, è rimasto risponsabile come possessore del pagamento dei debiti ipotecari.

1199. Il terzo possessore deve notificare ai creditori inscritti primieramente l'estratto del documento che gli trasferì la proprietà dell'immobile da purgarsi, contenente le precise indicazioni accennate nell'articolo 2183 n° 1°. Colle quali i creditori inscritti sono in grado di riconoscere, se il fondo alienato è quel medesimo, sul quale dal loro debitore fu costituita la ipoteca a loro garanzia, e se sia giusto e da accettarsi il prezzo

(1) Duranton, tome XI, n. 350. — Persil, art. 2183, n. 2 e 3.
(2) Troplong, art. 2183, n. 916.

stipulato nell'atto di alienazione od attribuito nell'estratto dal terzo possessore, o meglio se loro convenga di chiedere l'incanto. In secondo luogo l'estratto della trascrizione dell'atto di alienazione, e ciò allo scopo che i creditori conoscano che il terzo possessore adempì alla prescrizione dell'articolo 2181, secondo il quale la trascrizione dell'atto traslativo della proprietà è la formalità fondamentale e preparatoria del giudizio di purgazione. In terzo luogo una tabella in tre colonne, la prima delle quali contener deve la data delle ipoteche e quella delle inscrizioni; la seconda il nome dei creditori; la terza l'ammontare dei crediti inscritti (1).

1200. Giusta l'articolo 2183, le notificazioni devono essere fatte dal terzo possessore ai creditori inscritti sul fondo da purgarsi nel domicilio da essi eletto nelle loro inscrizioni. Può la inscrizione essere anteriore o posteriore alla trascrizione del contratto, onde il terzo possessore acquistò il dominio del fondo ipotecato, e ciò in forza della disposizione dall'articolo 834 del Codice di Procedura, che dichiarò efficace la inscrizione accesa entro 15 giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione. Ciò non pertanto l'articolo 835 del lodato Codice di Procedura dispensa il terzo possessore che intraprende il giudizio di purgazione dall'obbligo di fare ai creditori inscritti posteriormente alla trascrizione del suo contratto le notificazioni prescritte dall'articolo 2183, le quali devono farsi perciò ai soli creditori prima della trascrizione inscritti, sebbene e gli uni e gli altri abbiano il diritto di chiedere l'incanto del fondo e di domandar grado nel giudizio d'ordine (2). Le accennate notificazioni devono essere fatte al domicilio eletto dai creditori nelle rispettive inscrizioni. Siccome però una tale elezione di domicilio fu ordinata per comodo non dèl creditore, ma dei terzi che possono avere interesse di citare i creditori inscritti; così non puossi non avere per valida la notificazione fatta al domicilio reale del creditore (3).

1201. Può accadere che prima della trascrizione non vi sia alcun creditore inscritto, e che perciò tutte le accese inscrizioni sieno posteriori alla detta trascrizione. Se il legislatore avesse

(1) Troplong, art. 2183, n. 917. — Persil, art. 2183, n. 7.

(2) Vol. II, n. 398, pag. 160. — Troplong, art. 2183, n. 919. — Persil, art. 2183, n. 4.

(3) Persil, art. 2183, n. 5.

pensato alla possibilità di questo caso, non avrebbe, io credo, dispensato coll' articolo 835 del Codice di Procedura il terzo possessore dal fare ai creditori inscritti dopo la trascrizione le notificazioni volute dall' articolo 2183 del Codice Civile. È certo che la semplice trascrizione dei titoli traslativi di dominio non purga l' immobile dai pesi onde è gravato; ed è certo altresì che l'articolo 834 del Codice di Procedura accorda ai creditori inscritti entro 15 giorni dalla trascrizione il diritto di chiedere l' incanto, e che la base di questo incanto è il prezzo risultante dall' atto di alienazione o dal terzo possessore attribuito al fondo. Se il terzo possessore, che non trova nei registri ipotecari alcuna inscrizione anteriore alla trascrizione, sta inerte e colle mani alla cintola sotto l' ombra della disposizione dell' articolo 835 del Codice di Procedura, il suo fondo non rimarrà mai purgato, ed egli sarà esposto sempre al pericolo dell' azione ipotecaria che gli potranno intentare i creditori che accesero la inscrizione entro 15 giorni dalla trascrizione. Se dunque vorrà ottenere la purgazione del fondo, dovrà altresì fare a tutti o ad uno almeno dei creditori inscritti dopo la trascrizione le notificazioni prescritte dall' articolo 2183 provocando la dimanda dell' incanto. Se vi sono creditori inscritti anteriormente alla trascrizione, il terzo possessore non sarà certamente tenuto a fare ai creditori inscritti dopo le notificazioni volute dall' articolo 2183. Ma se non vi sarà alcun creditore inscritto anteriormente alla trascrizione, non potrà allora approfittare della dispensa accordatagli dall' articolo 835 del Codice di Procedura, e dovrà ad uno almeno dei creditori inscritti dopo la trascrizione fare le dette notificazioni per provocare l' incanto del fondo, o il decreto che dichiari definitivamente stabilito il valore dell' immobile nel prezzo stipulato nel contratto, o dichiarato dallo stesso acquirente. Ho detto che il terzo possessore nel caso or ora supposto dovrà fare le notificazioni prescritte dall' articolo 2183 ad uno almeno dei creditori inscritti dopo la trascrizione. Imperocchè se, quando vi è un solo creditore inscritto prima della trascrizione, la notificazione a questo fatta dispensa il terzo possessore dal fare la stessa notificazione agli altri creditori inscritti dopo la trascrizione, si deve ammettere altresì che in mancanza assoluta di creditori inscritti prima della trascrizione, la notificazione fatta dal terzo possessore ad uno solo dei creditori inscritti dopo la trascrizione gli darà diritto di approfittare rispetto

a tutti gli altri della dispensa concessagli dall' articolo 835 del Codice di Procedura, i quali dovranno perciò chiedere l' incanto nel termine dei 40 giorni dalla notificazione fatta al creditore, che, come essi, inscrisse la sua ipoteca dopo la trascrizione.

1202. Se prima della trascrizione del contratto di alienazione saranno inscritte sul fondo da purgarsi ipoteche legali spettanti a donne maritate o a minori, è fuori di dubbio che anche a questi e a quelle dovranno dal terzo possessore farsi le notificazioni prescritte dall' articolo 2183, e che le donne e i minori inscritti dovranno chiedere l'incanto nel termine stabilito dall'articolo 2185, il quale assegna il detto termine a qualunque creditore inscritto senza fare alcuna distinzione. E se le donne ed i minori accenderanno la inscrizione entro i 15 giorni dalla trascrizione, sarà il terzo possessore dispensato dall' obbligo di fare ad essi la notificazione prescritta dall' articolo 2183 del Codice Civile, giovandosi della disposizione dell' articolo 835 del Codice di Procedura? Il Troplong non dubita di applicare anche alle ipoteche legali delle donne e dei minori inscritte entro i 15 giorni dalla trascrizione la dispensa accordata dal citato articolo 835 del Codice di Procedura al terzo possessore, e sostiene che le donne ed i minori inscritti entro i 15 giorni dalla trascrizione dovranno dimandare l' incanto del fondo entro il termine prescritto dall' articolo 2185 del Codice Civile (1). Io non posso ammettere che la dispensa concessa dall' articolo 835 del Codice di Procedura al terzo possessore sia applicabile alle ipoteche legali delle donne e dei minori. È certo che la trascrizione è la base del giudizio di purgazione dei fondi dalle ipoteche inscritte. Ma quando il Codice di Procedura accordò alle ipoteche, le quali secondo i principj del Codice Civile rimanevano estinte pel solo fatto dell' alienazione, se al momento di essa non si trovavano già inscritte, il diritto di inscriversi entro 15 giorni dalla trascrizione, non potè avere in mira che le ipoteche soggette all' obbligo della inscrizione, giacchè le ipoteche dispensate dalla pubblicità restavano ferme sul fondo alienato, comecchè non inscritte, anche in faccia al terzo possessore, al quale il Codice Civile indicò nel capo IX norme speciali per la purgazione del fondo dall' onere di dette ipoteche. Se l' articolo 834 del Codice di Procedura non riguarda le ipoteche esenti dall' obbligo della pubblicità, è forza il pensare che a

(1) Troplong, art. 2183, n. 921.

queste è pure estranea la disposizione del successivo articolo 835, perchè questo non ha altro scopo che di accordare al terzo possessore la dispensa dall'obbligo di fare le notificazioni volute dal Codice Civile a quei creditori, che approfittando del favore accordato nell'antecedente articolo 834 inscrissero la ipoteca dopo l'alienazione entro i 15 giorni dalla trascrizione. Posto dunque che le disposizioni dei citati articoli del Codice di Procedura sono estranee alle ipoteche legali dispensate dalla formalità della inscrizione, il terzo possessore non potrà liberarsi dall'onere di dette ipoteche che coi mezzi legali a tal uopo stabiliti dal Codice Civile, e non potrà mai invocare rispetto a dette ipoteche la dispensa accordatagli dall'articolo 835 del Codice di Procedura. E quali sono questi mezzi? O le dette ipoteche sono inscritte, o no. Se non sono inscritte, dovrà attenersi alle norme stabilite dal capo IX del Codice Civile. Se sono inscritte, dovrà purgarle colle notificazioni volute dall'articolo 2183 dello stesso Codice. Le quali notificazioni dovranno farsi dal terzo possessore, qualunque sia stato il momento dell'accesa inscrizione, o prima o dopo l'alienazione, o prima o dopo i 15 giorni dalla trascrizione, in quanto che il Codice Civile coll'articolo 2183 impone l'obbligo al terzo possessore di fare ai creditori inscritti le notificazioni, a cui accenna il detto articolo, se vuole liberarsi dal peso delle ipoteche inscritte. Il Troplong ammette che se le ipoteche legali dei minori e delle donne non sono mai state inscritte, devono purgarsi colle formalità prescritte nel capo IX, essendo ad esse estranee la trascrizione e le altre formalità determinate nel capo VIII del Codice Civile. Ora io gli dimando: e se saranno state inscritte dopo i 15 giorni dalla trascrizione, saranno rimaste estinte, e sarà il terzo possessore sciolto dal bisogno di purgarle? Non credo che il Troplong vorrebbe dare a questa dimanda una risposta affermativa, confessando egli stesso che la trascrizione è una formalità estranea alle ipoteche legali dispensate dall'obbligo della inscrizione (1). Se le ipoteche legali delle donne e dei minori inscritte dopo i 15 giorni dalla trascrizione non rimangono estinte, dovranno purgarsi colle formalità del capo VIII del Codice Civile onde si purgano le ipoteche inscritte. Ma il terzo possessore dovrà fare alle donne ed ai minori le notificazioni prescritte dall'articolo 2183 del detto Codice,

(1) « La transcription est étrangère aux hypothèques légales des femmes et des mineurs. » (Troplong, art. 2183, n. 921.)

non potendo per le ragioni dette applicarsi alle ipoteche legali esenti dall' obbligo della inscrizione il favore accordato dall' articolo 835 del Codice di Procedura al terzo possessore, che viene dispensato dall' obbligo di fare le dette notificazioni ai creditori soggetti all' obbligo della inscrizione inscritti posteriormente alla trascrizione. E se le notificazioni prescritte dall' articolo 2183 del Codice Civile dovranno farsi dal terzo possessore alle donne ed ai minori, quando le loro ipoteche furono inscritte dopo i 15 giorni dalla trascrizione, per la stessa ragione dovranno farsi quando furono inscritte nell' intervallo dei 15 giorni dalla trascrizione, essendo sempre e in qualunque caso questa formalità estranea alle ipoteche legali esenti dall' obbligo della inscrizione. Sarebbe invero cosa strana che le donne ed i minori che inscrissero la ipoteca entro i 15 giorni dalla trascrizione, fossero in peggior condizione delle donne e dei minori che la inscrissero dopo i detti 15 giorni, mentre si ammette che la trascrizione è estranea alle ipoteche legali dispensate dall' obbligo della inscrizione. Tolte di mezzo in faccia alle ipoteche legali delle donne e dei minori per le indicate ragioni le disposizioni degli articoli 834 e 835 del Codice di Procedura riferibili soltanto alle ipoteche, che essendo soggette alla inscrizione devono almeno essere inscritte entro 15 giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione, è chiaro che per le ipoteche legali suddette riesce indifferente il momento della seguita inscrizione, e che perciò se vorranno purgarsi colle formalità ordinarie prescritte nel capo VIII del Codice Civile, onde si purgano le ipoteche inscritte, dovrà il terzo possessore fare ai minori ed alle donne le notificazioni volute dall' articolo 2183, o sieno le loro ipoteche state inscritte prima della trascrizione, oppure dopo di essa, o dopo anche i 15 giorni dalla stessa trascrizione. Sia pur vero ciò che asserisce il Troplong, che le donne ed i minori inscrivendo le loro ipoteche si sottopongono volontariamente al diritto comune, e si sottraggono al metodo eccezionale di purgazione stabilito nel capo IX per le ipoteche legali non inscritte. Da ciò non discende altra conseguenza se non che il terzo possessore, che vuole liberare il fondo dalle ipoteche legali inscritte, dovrà attenersi alle norme stabilite nel capo VIII per le ipoteche ordinarie. Ebbene: il terzo possessore, che si vale per le ipoteche legali inscritte delle formalità del capo VIII, dovrà fare alle donne ed ai minori che inscrissero

la loro ipoteca le notificazioni prescritte dall' articolo 2183, senza alcun riguardo al momento dell' accesa inscrizione, e ciò perchè il momento dell' accesa inscrizione è indifferente per quelle ipoteche, che anche non inscritte sono valide ed efficaci in faccia al terzo possessore. Concludo: o le ipoteche legali delle donne e dei minori non sono inscritte, e allora il terzo possessore per la purgazione del fondo dovrà attenersi alle norme stabilite nel capo IX del Codice Civile: o furono già inscritte, e allora dovendo purgarsi colle formalità del capo VIII, e non essendo ad esse applicabili le disposizioni degli articoli 834 e 835 del Codice di Procedura, il terzo possessore dovrà sempre fare alle donne ed ai minori inscritti le notificazioni prescritte dall' articolo 2183 del Codice Civile, quand' anche le loro ipoteche sieno state inscritte dopo i 15 giorni dalla eseguita trascrizione del contratto di alienazione.

1203. Il terzo possessore, che intraprende il giudizio di purgazione, dovrà fare le notificazioni prescritte dall' articolo 2183 ai creditori che hanno un privilegio appoggiato all' articolo 2101? Se i detti creditori hanno inscritto il privilegio, è fuori di dubbio che il terzo possessore dovrà fare ai medesimi le dette notificazioni. Ma se non fu accesa la inscrizione dei detti privilegi, cui l' articolo 2107 dispensa da una tale formalità, con qual mezzo potrà il terzo possessore purgare il proprio fondo? Le formalità stabilite nel capo IX riguardano esclusivamente le ipoteche legali delle mogli e dei minori ed interdetti dispensate dalla inscrizione, e non possono perciò applicarsi ai privilegi dell' articolo 2101. Dovranno perciò purgarsi colle formalità del capo VIII? Rispondono gl' Interpreti che queste formalità sono destinate alla purgazione dei privilegi e delle ipoteche soggette alla inscrizione, e che perciò sono impotenti, quando si tratta dei privilegi dell' articolo 2101 dispensati dalla inscrizione. Convinti pertanto che il terzo possessore non può giovarsi nè delle formalità del capo VIII, nè di quelle del capo IX per liberare il fondo dai privilegi dell' articolo 2101, ricorrono siccome a tavola di naufragio all' articolo 834 del Codice di Procedura. Da quest' articolo, il quale nega tanto ai creditori ipotecari quanto ai privilegiati il diritto di dimandare l' incanto del fondo alienato, se non giustificano di avere accesa la inscrizione della ipoteca o del privilegio entro giorni 15 al più tardi dalla trascrizione del contratto di alienazione, deducono che anche i privilegi generali dell' articolo 2101 devono essere inscritti

entro il detto termine dei 15 giorni, e che altrimenti rimangono estinti (1). Trovando gl'Interpreti nella sola disposizione dell'articolo 834 del codice di Procedura un' áncora di salute pei terzi possessori contro i privilegi dell' articolo 2101, confessano che il Codice Civile lasciò su questo punto un vuoto inesplicabile, e che nessun rimedio diede in mano al terzo possessore per liberare il fondo dai privilegi dell' articolo 2101. Io mi farò su questo punto il difensore del Codice Civile, e mi gioverò degli stessi argomenti, onde si valgono gl'Interpreti Francesi per trarre dalla disposizione dell' articolo 834 del Codice di Procedura una tavola di salute pei terzi possessori contro i privilegi generali dell' articolo 2101. Dicono essi infatti che sarebbe una anomalia inesplicabile la mancanza di un mezzo legale atto a purgare i fondi dai privilegi dell'articolo 2101, e si sforzano perciò di trovarlo nella disposizione dell' articolo 834 del Codice di Procedura. Hanno veramente ragione i lodati Interpreti nel dire che il terzo possessore deve avere il mezzo di purgare il fondo dai privilegi dell'articolo 2101, e che il legislatore non può avere mancato di fornirgli a tal uopo l' opportuno rimedio. E perciò appunto io porto opinione che un tale rimedio deve trovarsi nelle disposizioni del Codice Civile, non potendo supporsi che questo Codice, il quale ha dato il modo al terzo possessore di purgare il fondo da tutti i privilegi e da tutte le ipoteche, e persino dalle ipoteche dispensate dalla inscrizione, abbia dimenticato i privilegi dell' articolo 2101 e permesso che il terzo possessore non possa emancipare il proprio fondo dal peso dei detti privilegi. Ma pure, dicono gli stessi Interpreti, il legislatore nelle disposizioni del Codice Civile, riguardanti la purgazione dei fondi dai privilegi e dalle ipoteche, si tace dei privilegi dell' articolo 2101, ai quali non possono estendersi la formalità stabilite nel capo IX, che riguardano le sole ipoteche legali delle donne e dei minori. È verissimo che il legislatore tace dei privilegi dell'articolo 2101, ed ammetto io pure che ad essi non possono estendersi le formalità speciali del capo IX. E dal silenzio appunto del legislatore, toccando più sopra questo punto ed anche nel volume II (2), dedussi che i privilegi generali dell' articolo 2101 devono purgarsi colle formalità del capo VIII. Confermo qui la stessa conclusione. Mi si ob-

(1) Persil, art. 2181 e 2182, n. 25.

(2) N. 1066, pag. 93. — Vol. II, n. 398, pag. 161.

bietterà che i privilegi generali dell' articolo 2101 furono eccettuati dalla formalità della inscrizione coll' articolo 2107, e che perciò non possono cadere sotto le disposizioni degli articoli 2166 e 2167, le quali devono riferirsi ai soli privilegi ed ipoteche soggette all' obbligo della pubblicità. Rispondo che si concilia benissimo la disposizione dell' articolo 2107 con quelle dei citati articoli 2166 e 2167 col dire che la dispensa dalla inscrizione è accordata ai detti privilegi finchè i beni gravati si trovano in potere del debitore, e che accadendo di questi l' alienazione, la detta dispensa tace in faccia al terzo possessore. Se questa obbiezione del resto avesse forza, allora sorgerei anch' io contro gl' Interpreti, che trovano nell' articolo 834 del Codice di Procedura la manna di salvezza pel terzo possessore contro i privilegi dell' articolo 2101, e direi che il detto articolo 834 assegnando il termine di 15 giorni a tutti i creditori privilegiati ed ipotecari ad accendere la inscrizione dalla trascrizione del contratto, accenna soltanto ai privilegi ed alle ipoteche soggette all' obbligo della pubblicità. E gl' Interpreti ch' io combatto per rispondere a questa obbiezione usano dello stesso modo di conciliazione, onde io mi sono valso, dicendo appunto che in faccia al terzo possessore l' articolo 834 del Codice di Procedura abbraccia tutti i privilegi, tanto quelli che sono soggetti alla inscrizione, quanto quelli che da questa formalità sono dispensati; e che la dispensa dalla inscrizione, se può giovare in faccia alla massa dei creditori contendenti di prelazione sul prezzo da distribuirsi, non può aver luogo in concorso del terzo possessore in forza delle generali espressioni dell' articolo 834 del Codice di Procedura (1). Se questa ragione giova ai detti Interpreti per schermirsi dalla obbiezione tratta dalla dispensa accordata ai privilegi dell' articolo 2101, non può non valere anche per me per rispondere agli stessi Interpreti, i quali sostener vogliono che le disposizioni generali dei citati articoli 2166 e 2167 non sono punto applicabili ai privilegi dell' articolo 2101 per essere questi dispensati dalla formalità

(1) « Vainement dira-t-on que les privilèges énumérés en l'art. 2101 sont dispensés de l'inscription. Sans doute l'inscription ne leur est pas nécessaire pour demander une collocation sur le prix: ils peuvent intervenir à l'ordre et se faire colloquer à leur rang, sans le secours de l'inscription. Mais s'ils veulent requérir la mise aux enchères, ils devront se manifester en temps utile par l'inscription. Sans quoi l'acquéreur sera libéré envers eux par l'abandon du prix. » (Troplong, art. 2183, n. 922.)

della inscrizione. Ammetto anch' io che le ipoteche legali dei minori e delle donne dispensate dalla inscrizione non cadono sotto le disposizioni dei citati articoli 2166 e 2167. Ma perchè ciò? Perchè il Codice Civile ha espressamente eccettuate dalla regola generale sanzionata nei citati articoli le dette ipoteche legali colle disposizioni contenute sotto il capo IX, colle quali, mentre stabilisce le norme atte a purgare i fondi dalle ipoteche legali non inscritte delle donne e dei minori, conferma tacitamente anche in faccia al terzo possessore la dispensa dalla inscrizione accordata alle stesse ipoteche dall' articolo 2135. La legge al contrario eccettua forse o espressamente o tacitamente i privilegi generali dell'articolo 2101 dalle disposizioni dei citati articoli 2166 e 2167? No. Il legislatore mantiene rispetto ad essi un assoluto silenzio. E da questo silenzio, al quale fa contrasto all'incontro la efficacia data dalla legge in faccia al terzo possessore alle ipoteche legali delle donne e dei minori colle disposizioni contenute sotto il capo IX, colle quali appunto venne indicata la via atta a purgare i fondi dall' onere di dette ipoteche dispensate, al pari degli accennati privilegi, dall' obbligo della inscrizione, da questo silenzio, dico, è forza argomentare che rispetto ai detti privilegi si vollero mantenute in tutto il loro vigore le disposizioni degli articoli 2166 e 2167. Altrimenti non si saprebbe spiegare il perchè il legislatore avesse dato al terzo possessore il mezzo di purgare il fondo dalle ipoteche legali dei minori e delle donne dispensate dalla inscrizione, e non avesse poi pensato al modo di liberarlo dai privilegi dell'articolo 2101, anch' essi dall' obbligo della inscrizione eccettuati. Anche il Troplong confessa essere questa una inesplicabile anomalia (1). Ma colla spiegazione ch' io do agli articoli 2166 e 2167, tutto si concilia, e si spiega il perchè il legislatore non ha pei privilegi dell' articolo 2101 stabilito un modo speciale di purgazione, come ha fatto per le ipoteche legali dei minori e delle donne. E appunto perchè non è stato indicato un modo particolare di purgazione pei privilegi dell' articolo 2101, devono questi purgarsi colle norme ordinarie stabilite nel capo VIII per la ra-

(1) « Serait-ce qu'on ne peut les purger? Ce résultat serait une anomalie choquante dans une législation qui a pour but de mettre tout acquéreur à même d'arriver à l'affranchissement de l'immeuble qu'il acquiert. » (Troplong, art. 2183, n. 922.)

gione già detta che la dispensa dalla inscrizione accordata ai detti privilegi tace in faccia al terzo possessore in forza delle generali disposizioni dei già citati articoli 2166 e 2167. Anche dunque prima della pubblicazione del Codice di Procedura e sotto l' ombra del Codice Civile il terzo possessore poteva liberare l' acquistato fondo dai privilegi dell' articolo 2101 colle norme ordinarie stabilite nel capo VIII pei privilegi ed ipoteche inscritte. S' ingannarono a parer mio gl' Interpreti Francesi credendo che il Codice Civile non offra una via di salvezza al terzo possessore contro gli accennati privilegi. Il Codice di Procedura coll' articolo 834 non creò il mezzo di purgare i detti privilegi, come pensano gl' indicati Interpreti; ma modificando le rigorose disposizioni degli articoli 2166 e 2167, a cui erano subordinati in faccia al terzo possessore anche i privilegi generali dell' articolo 2101, non ostante l' accordata dispensa dalla inscrizione, migliorò semplicemente la condizione degli stessi privilegi generali, al pari dei privilegi speciali e delle ipoteche, pei quali tutti non più la semplice alienazione, ma la scadenza del termine di 15 giorni dalla trascrizione divenne un modo legittimo di estinzione in faccia al terzo possessore. Concorro anch' io nella opinione degli Interpreti Francesi quando insegnano che i privilegi generali dell' articolo 2101 sono subordinati alle disposizioni degli articoli 834 e 835 del Codice di Procedura; ma discordo da essi quando affermano che solo nella disposizione dell' articolo 834 di questo Codice trovarono i terzi possessori il mezzo di purgare colla trascrizione i loro fondi dall' onere dei detti privilegi. Ben determinato il punto in cui convengo e quello in cui dissento dagli Interpreti Francesi, ripeterò anch' io col Troplong e col Persil, che in forza dei citati articoli 834 e 835 del Codice di Procedura i privilegi generali dell' articolo 2101 rimangono spenti se non sono inscritti entro 15 giorni dalla trascrizione; che quando sono inscritti prima della trascrizione, il terzo possessore dovrà fare ai creditori che vantano alcuno dei detti privilegi, le notificazioni prescritte dall' articolo 2183 del Codice Civile; e che quando furono inscritti dopo la trascrizione, il terzo possessore sarà dispensato dall' obbligo di fare le dette notificazioni.

1204. La trascrizione estingue *ipso jure* le ipoteche ed i privilegi non inscritti entro 15 giorni da quello in cui fu eseguita in forza dell' articolo 834 del Codice di Procedura. Ma rispetto ai

privilegi ed alle ipoteche debitamente inscritte prima di essa il Codice di Procedura lasciò in pieno vigore la disposizione dell'articolo 2182 del Codice Civile, il quale dichiara che la semplice trascrizione dei titoli translativi di dominio sopra il registro del Conservatore non libera l'immobile dai privilegi e dalle ipoteche sopra di esso esistenti. Il terzo possessore non può mai liberare il fondo dai privilegi e dalle ipoteche inscritte prima della trascrizione, se non fa ai creditori inscritti le notificazioni volute dall'articolo 2183. Dico — *dai privilegi e dalle ipoteche inscritte prima della trascrizione;* — perchè l'articolo 835 del Codice di Procedura dispensa il terzo possessore dall'obbligo di fare le accennate notificazioni ai creditori inscritti nel termine di 15 giorni dalla detta trascrizione. Se pertanto ad uno dei creditori inscritti prima della trascrizione non avrà il terzo possessore fatta la notificazione ordinata dall'articolo 2183, quali ne saranno le conseguenze? Bisogna fare la seguente distinzione: Se il creditore, al quale non fu fatta la notificazione, di cui si tratta, era stato registrato nel certificato rilasciato dal Conservatore, e così il solo terzo possessore è in colpa della omissione, allora il fondo non rimarrà libero e purgato dalla ipoteca o dal privilegio del creditore a cui la notificazione non fu fatta, il quale conservando illeso il suo diritto reale sul fondo potrà molestare quando a lui piacerà coll'azione ipotecaria lo stesso terzo possessore, o in caso d'incanto del fondo il nuovo aggiudicatario (1). Se poi il creditore, a cui non fu fatta la notificazione, non venne indicato nel certificato per una omissione colpevole del Conservatore, in questo caso il fondo resta interamente purgato e libero, salva la responsabilità dello stesso Conservatore verso l'omesso creditore (2).

1205. Perchè il terzo possessore ottenga la liberazione del fondo dai privilegi e dalle ipoteche col mezzo delle notificazioni è necessario che queste sieno state fatte validamente. E nulle sarebbero le notificazioni e produr non potrebbero il desiderato scopo, se fossero fatte da un minore o da una donna senza l'assistenza delle persone necessarie alla efficacia delle obbligazioni contratte dalle persone tutelate dalla legge; e ciò perchè le notificazioni del terzo possessore devono essere accompagnate dalla dichiarazione di soddisfare immediatamente ai debiti ed ai pesi ipotecari sino

(1) Troplong, art. 2183, n. 920.
(2) Art. 2198.

all' ammontare del prezzo, la quale importa una vera obbligazione (1). Può darsi che le notificazioni prescritte dall' articolo 2183 sieno state fatte da persona capace o debitamente assistita, ma irregolarmente. Saranno nulle e di niun effetto per difetto di forma? Il detto articolo non pronunzia la nullità delle notificazioni nel caso che il terzo possessore non adempia rigorosamente a tutte le condizioni prescritte. Sono quindi da applicarsi gli stessi principj, onde si sciolgono le questioni di nullità delle inscrizioni per qualche vizio di forma. È duopo perciò distinguere le indicazioni sostanziali dalle accidentali ed accessorie, ed applicare la pena di nullità alle sole notificazioni difettose nelle indicazioni sostanziali (2). E sostanziali devono giudicarsi quelle indicazioni, le quali sono destinate a far conoscere l' identità del fondo alienato, la persona dell' alienante, il prezzo o valore della cosa alienata. Imperocchè senza di queste il creditore, a cui è fatta la notificazione, non può capire se il fondo ipotecato a sua garanzia sia quel medesimo cui il terzo possessore vuol purgare dai privilegi e dalle ipoteche, se la ipoteca del suo credito sia o no a carico dell' alienante, e se gli convenga dimandare l' incanto del fondo. Quanto però alla indicazione del prezzo, se questa manca affatto, non può mettersi in dubbio la nullità delle notificazioni, perchè solo dalla conoscenza del prezzo può il creditore prendere il suo partito relativamente alla dimanda dell' incanto. Ma potrebbe verificarsi il caso che fosse stato indicato per errore un prezzo o più alto o più basso di quello che fu stipulato nel contratto. Saranno nulle anche allora le notificazioni, come pretende il Persil (3)? Suppongasi da prima che sia stato dal terzo possessore indicato un prezzo più alto del vero. I creditori dimandano l'incanto o no. Se non chiedono l' incanto, perchè dovranno dirsi nulle le notificazioni, le quali non solo non hanno nociuto, ma giovarono anzi agli stessi creditori? Siccome la indicazione del prezzo deve essere accompagnata dalla offerta di soddisfare ai debiti ed ai pesi ipotecari sino alla concorrenza dello stesso prezzo, ed è obbligatoria pel terzo possessore; così nel detto caso l' unica conseguenza derivante dalla indicazione erronea di un prezzo più alto sarà che il terzo possessore dovrà pagare ai creditori non già il prezzo stabilito nel

(1) Troplong, art. 2183, n. 923.
(2) Vol. IV, n. 939.
(3) Persil, art. 2183, n. 8.

suo contratto, ma quello che fu da lui offerto. Se poi dimandano l'incanto, allora i creditori, che a più forte ragione l'avrebbero chiesto quando fosse stato indicato il vero prezzo, saranno ben contenti di ricevere dall'aggiudicatario il prezzo dell'aggiudicazione superiore almeno di un decimo non tanto al prezzo stipulato, quanto al prezzo offerto. Suppongasi ora che sia stato indicato dal terzo possessore un prezzo più basso. Anche in questo caso i creditori o dimandano l'incanto o no. Se non chiedono l'incanto, a più forte ragione si sarebbero astenuti dal farne la dimanda, quando avessero conosciuto il maggior prezzo stipulato nel contratto, e non risentono alcun danno dalla erronea dichiarazione del terzo possessore, il quale però, scoperto l'errore, sarà costretto a pagare il prezzo maggiore convenuto nel contratto (1). Se poi dimandano l'incanto, bisogna fare una seconda distinzione: o il fondo viene aggiudicato per un prezzo eguale almeno al prezzo stipulato nel contratto accresciuto del decimo, e in questo caso i creditori non soffrono alcun danno dalla erronea indicazione fatta dal terzo possessore, e si trovano nella stessa condizione in cui li avrebbe posti la precisa indicazione del vero prezzo susseguita dall'incanto: o il prezzo dell'aggiudicazione è minore del prezzo vero del contratto accresciuto del decimo, e in tal caso avendo la erronea indicazione del terzo possessore prodotto un risultato dannoso ai creditori, nulle saranno le notificazioni e tutti gli atti alla medesima posteriori, e solo potrà sostenersi l'aggiudicazione, quando o lo stesso aggiudicatario, o il terzo possessore che intraprese il giudizio aggiungano al prezzo dell'aggiudicazione quanto manca all'ammontare del vero prezzo stipulato accresciuto del decimo.

1206. Il prezzo del fondo è la più importante delle indicazioni che devono essere contenute nell'estratto del documento da notificarsi ai creditori inscritti, perchè una tale indicazione è la base da una parte della dichiarazione da farsi dal terzo possessore di esser pronto a soddisfare immediatamente ai debiti ed ai pesi ipotecari sino alla concorrenza del prezzo, e dall'altra dei futuri incanti che i creditori sono in diritto di chiedere. Perciò vuole la legge che il terzo possessore dia esso medesimo una valutazione al fondo da purgarsi, se questo fu donato. Ma può accadere che il fondo sia stato dato a titolo di legato, o di per-

(1) Troplong, art. 2183, n. 924.

muta, o di transazione. Dovrà anche in questi casi il terzo possessore fare la valutazione del fondo? Un Decreto della Corte di Cassazione di Parigi del 3 aprile 1815 decise che la valutazione del fondo è imposta al terzo possessore nel solo caso di donazione, e che non essendo comandata nel caso di un' alienazione a titolo oneroso, deve allora farsi dai creditori che chiedono l' incanto, anzichè dal terzo possessore. Questa decisione, a cui fa plauso il Duranton (1), è vittoriosamente combattuta e confutata dal Troplong (2), al quale con pienissima convinzione aderisco. Se vi ha caso in cui il giureconsulto possa e debba far uso della interpretazione estensiva, è questo certamente di cui ora si discorre. Il debitore ha diritto di alienare o a titolo gratuito o a titolo oneroso i beni ipotecati a garanzia dei suoi creditori; ma questa facoltà lasciata al debitore non può e non deve tornare in danno dei creditori ipotecari, ai quali la legge lasciò integri i diritti d' ipoteca o di privilegio esercibili contro lo stesso terzo possessore. Il legislatore ha ben voluto proteggere i terzi possessori contro il temuto pericolo delle azioni ipotecarie introducendo adatte forme per la liberazione dei fondi dagli oneri ipotecari; ma lungi dal sacrificare all' interesse dei possessori aspiranti alla libertà dei beni acquistati i diritti sacri dei creditori ipotecari, accordò a questi il prezioso diritto di chiedere l' incanto del fondo dal loro debitore alienato, permettendo che rimanga risoluto il dominio del nuovo acquirente più presto che restino vilipesi e danneggiati i diritti dei creditori dell' alienante. Sentì il legislatore il debito di proteggere con un savio temperamento da una parte il fatto compiuto dell' alienazione del fondo ipotecato e il dominio trasferito legittimamente nel nuovo acquirente, dall' altra i diritti dei creditori ipotecari anteriori alla fatta alienazione. Questo temperamento fu la facoltà di chiedere l' incanto del fondo dal debitore alienato concessa ai creditori ipotecari sotto tal condizione, che fosse tolto agli stessi creditori di spogliare capricciosamente e senza un sicuro vantaggio il nuovo proprietario. E questa condizione è appunto la offerta da farsi dal creditore, che fa la richiesta dell' incanto, di accrescere o di far accrescere il prezzo di un decimo al disopra di quello che sarà stato stipulato nel contratto, o dichiarato dal nuovo proprietario. Non

(1) Duranton, tome XI, liv. 3, tit. 18, n. 377, 378.
(2) Troplong, art. 2183, n. 925.

volle la sapienza del legislatore accordare puramente e semplicemente ai creditori ipotecari il diritto di chiedere l'incanto del fondo già alienato, perchè di una tale illimitata facoltà avrebbero potuto facilmente abusare in danno del nuovo proprietario e senza utile proprio; ma prescrisse con sagacissimo ordinamento che la richiesta dell'incanto fosse sempre accompagnata dall'accennata offerta. La quale deve avere per base necessariamente un prezzo determinato. Ecco il motivo da cui fu mosso il legislatore allora che comandò nell'articolo 2183 che l'estratto del documento contener debba la valutazione della cosa donata. E siccome un eguale motivo concorre in qualunque altro caso di alienazione a titolo oneroso, in cui non fu dai contraenti attribuito un valore determinato al fondo da purgarsi; così le regole della interpretazione dottrinale (1) autorizzano il giureconsulto ad estendere la massima stabilita dall' articolo 2183 pel caso di donazione a qualunque altro di alienazione onerosa, tanto più che le parole ristrettive dell' articolo 2183 vengono corrette dalle generali espressioni dell' articolo 2185, nel quale è detto che la richiesta dell' incanto deve contenere la oblazione del creditore di accrescere o di far accrescere il prezzo di un decimo al disopra di quello che sarà stato stipulato nel contratto, o *dichiarato dal nuovo proprietario*. Il Duranton ammette anch' esso che il motivo, onde fu animato il legislatore prescrivendo la valutazione della cosa donata, si verifica altresì nel caso di una alienazione a titolo oneroso, nella quale non fu dalle parti attribuito al fondo un valore determinato; ma si crede sforzato dalle parole dell' articolo 2183 a battere le mani alla citata decisione della Corte di Cassazione (2). Dalle parole della legge! Ma quando lo spirito n'è manifesto e domanda che la disposizione del legislatore si applichi oltre la cerchia troppo angusta delle parole, i giureconsulti non che autorizzati, non sono anzi obbligati a dare al testo della legge una estensione proporzionata al fine che la dettava (3)?

(1) L. 12, 13 e 17, D. *De legibus*.

(2) « On objecte que le motif de la loi, en ordonnant au nouveau propriétaire qui veut purger, de faire une évaluation, quand l'immeuble lui a été donné, est absolument le même quand il lui est avenu par transaction ou par échange; mais on répond que l'art. 2183 ne lui prescrit de faire cette évaluation que dans le cas où l'immeuble lui a été *donné*. » (Duranton, tome XI, n. 378.)

(3) Grenier, *Des Hyp.*, tome II, n. 365.

Sì certamente, è guardato dalla legge con favore il diritto di purgare, come afferma il Duranton; ma la facoltà di chiedere l'incanto accordata ai creditori è una prova non dubbia che il diritto di purgare concesso al terzo possessore venne dal legislatore subordinato all'esercizio dei diritti anteriori dei creditori ipotecari. L'interesse dei quali è talmente tutelato e protetto, che posto in conflitto con quello del terzo possessore, il quale aspira al possesso libero e sicuro del fondo acquistato, è mai sempre preferito, e tanto che per loro il terzo possessore può rimanere spogliato di quello stesso dominio, di cui voleva assicurata la libertà col giudizio di purgazione. La Corte di Cassazione scioglie la difficoltà dando allo stesso creditore che dimanda l'incanto, la scelta o di attribuire esso stesso un valore al fondo, di cui non fu determinato il prezzo nel contratto oneroso, o di fare in termini generali la offerta semplice, senza indicazione di alcuna somma, di accrescere o di far accrescere il prezzo di un decimo. E come può accettarsi questo modo di sciogliere la difficoltà a fronte della disposizione dell'articolo 2185 n° 2°, il quale comanda in termini generali ed assoluti che la richiesta dell'incanto contenga la oblazione dell'istante di accrescere o di far accrescere il prezzo di un decimo al disopra di quello che sarà stato stipulato nel contratto, o *dichiarato dal nuovo proprietario;* e a fronte dell'articolo 2187, il quale prescrive che in caso di nuova vendita all'incanto, il petente, o sia lo stesso creditore, o il nuovo proprietario, esprimerà negli affissi il prezzo stipulato nel contratto, *o dichiarato, e la somma maggiore che il creditore si obbligò di accrescere o di far accrescere?* I termini assoluti dei citati articoli non provano irrefragabilmente che qualunque sia il titolo del nuovo proprietario, deve questi nel fare le notificazioni esprimere il prezzo stipulato nel contratto, o, se non fu determinato il prezzo nel contratto, dichiarare il valore da lui attribuito al fondo da purgarsi?

1207. Il legislatore vuole che l'estratto del documento, di cui fa parola l'articolo 2183, contenga la indicazione del prezzo e dei carichi formanti parte del prezzo del fondo alienato. Se tali carichi avranno un valore indeterminato, p. e., consisteranno in una rendita vitalizia o perpetua da pagarsi dall'alienatario, sarà questi tenuto a dare un valore ai detti carichi, p, e., a indicare il capitale della rendita? Siccome il terzo possessore

che fa le notificazioni prescritte dall' articolo 2183 deve dichiarare col medesimo atto di esser pronto a soddisfare immediamente ai debiti ed ai pesi ipotecari sino alla concorrenza del prezzo; e siccome dopo le dette notificazioni qualunque creditore inscritto può chiedere che l' immobile sia posto all' incanto sotto la condizione che la sua richiesta contenga la offerta di accrescere o di far accrescere il prezzo di un decimo al disopra di quello che fu stipulato nel contratto, o dichiarato dal nuovo proprietario; così non potendo i creditori decidere, se loro convenga chiedere l' incanto del fondo, se non conoscono con certezza l' ammontare del prezzo, è chiaro che il terzo possessore dovrà dar sempre ai carichi ed alle prestazioni che formano parte del prezzo un valore determinato (1).

Articolo 2184.

L' acquirente o il donatario dichiarerà col medesimo atto, ch' egli è pronto a soddisfare immediatamente ai debiti ed ai pesi ipotecari, sino alla concorrenza soltanto del prezzo, senza distinzione dei debiti esigibili o non esigibili.

SOMMARIO.

1208. Il terzo possessore, che intraprende il giudizio di purgazione, deve nell' atto stesso, onde fa ai creditori inscritti le notificazioni prescritte dall' articolo 2183, dichiarare di esser pronto a soddisfare immediatamente ai debiti ed ai pesi ipotecari, tanto esigibili quanto non esigibili. Rispetto ai debiti non esigibili, la condizione del terzo possessore che fa il giudizio di purgazione, è diversa da quella del terzo possessore che viene molestato da un creditore inscritto coll' azione ipotecaria. Il creditore condizionale nel caso del giudizio di purgazione avrà diritto, prima che siasi verificata la condizione, di essere pagato del suo credito col prezzo del fondo? Le espressioni dell' articolo 2184 — *non esigibili* — comprendono altresì le rendite tanto perpetue, quanto vitalizie.

(1) Persil, art. 2183, n. 9: art. 2184, n. 4.

1209. Se il terzo possessore che fa il giudizio di purgazione debba, oltre il prezzo, offrire ai creditori inscritti gl' interessi del prezzo e quali?

1210. Tutti i creditori inscritti sul fondo da purgarsi hanno diritto al prezzo o valore offerto dal possessore, o abbiano causa dall' ultimo alienante, oppure dai più antichi proprietari.

1211. Quali sono pel terzo possessore le conseguenze della offerta fatta ai creditori inscritti del prezzo del fondo stipulato nel contratto di acquisto, o da lui medesimo dichiarato?

1208. Il terzo possessore è in forza della sola inscrizione obbligato a tutti i debiti ipotecari, come possessore, ossia per causa del possesso del fondo ipotecato. E non essendo egli obbligato personalmente, ma solo ipotecariamente, vuole giustizia che egli possa liberarsi da qualsiasi risponsabilità in faccia ai creditori inscritti, offrendo agli stessi creditori il pagamento del prezzo del fondo gravato, che è l' unica causa della sua obbligazione. Dispone perciò l'articolo 2184 che il terzo possessore, il quale intende liberare la sua proprietà dai pesi ipotecari, dichiarar deve esplicitamente col medesimo atto, onde notifica ai creditori inscritti gli estratti e la tabella di cui fa menzione l' articolo 2183, ch' egli è pronto a soddisfare ai debiti ed ai pesi ipotecari *sino alla concorrenza soltanto del prezzo.* Nè perciò resta pregiudicato l' interesse dei creditori inscritti, perchè, se il prezzo loro offerto è troppo basso e non è sufficiente alla loro soddisfazione, possono far uso del diritto loro accordato dalla legge di chiedere l' incanto del fondo a loro garanzia ipotecato. Ma non basta che il terzo possessore offra ai creditori ipotecari il pagamento dei loro crediti sino alla concorrenza soltanto del prezzo; è mestieri altresì ch'egli dichiari di esser pronto a soddisfare ai debiti ed ai pesi ipotecari *immediatamente, senza distinzione dei debiti esigibili o non esigibili.* Da ciò due conseguenze derivano: l'una, che il terzo possessore non può far uso dei termini e delle dilazioni accordategli dall' alienante al pagamento del prezzo, in quanto che i creditori ipotecari avendo un diritto reale già radicato prima dell' alienazione sul fondo alienato, non sono tenuti a rispettare le convenzioni stipulate in loro pregiudizio dal debitore (1); l'altra, che il terzo possessore neppure ha diritto di godere

(1) L. 20, pr. D. *De adquir. rer. dominio.* — Persil, art. 2184, n. 3.

dei termini e delle dilazioni, onde potrebbe giovarsi il debitore contro i rispettivi creditori. Se il creditore ipotecario vorrà intentare l'azione ipotecaria contro il terzo possessore che non fece il giudizio di purgazione, citandolo a pagare il debito o a rilasciare il fondo, non potrà agire se non dopo che si sarà verificata la condizione o sarà scaduto il termine fissato al pagamento, perchè essendo l'azione, o sia reale o personale, il diritto di domandare in giudizio ciò che è dovuto (1), ripugna che questa possa esercitarsi, prima che l'attore abbia diritto di pretendere la cosa che dell'azione è lo scopo e l'oggetto. Perciò l'articolo 2167 saviamente prescrive che il terzo possessore, il quale non adempie alle formalità del giudizio di purgazione e resta però in vigore della sola inscrizione obbligato come possessore a tutti i debiti ipotecari, gode dei termini e dilazioni accordate al debitore originario; e per la stessa ragione il successivo articolo 2168 dispone che il terzo possessore è tenuto nel caso stesso o a pagare tutti gl' interessi e capitali *esigibili*, o a rilasciare l' immobile. Diversa è la condizione del terzo possessore, il quale volontariamente intraprende il giudizio di purgazione per liberare la sua proprietà dai vincoli ipotecari ond'è gravata. Allora la legge non fa più alcuna distinzione tra i debiti esigibili e i non esigibili, fra i debiti puri, o a tempo, o sospesi da una condizione; ma guardando unicamente al grande scopo della libertà dei fondi, che interessa alla intera società, vuole che il terzo possessore, il quale di servo vuol render libero l'acquistato fondo col rimedio del giudizio di purgazione, si sobbarchi alla condizione di pagare immediatamente sino alla concorrenza del prezzo qualunque debito ipotecario inscritto sul fondo. Se pertanto il debito ipotecario sarà a tempo, diverrà puro e semplice in forza della disposizione dell' articolo 2184, e su ciò non può nascere alcun dubbio. Ma se il debito sarà condizionale, ossia sospeso da una condizione futura ed incerta, anche in questo caso il creditore avrà diritto di essere pagato dal terzo possessore che fa il giudizio di purgazione? Sebbene la L. 10, D. *de verb. significatione* chiami col nome di *creditori* tanto quelli il cui credito è puro o a tempo, quanto quelli che hanno un credito dipendente da una incerta condizione (2), è però certo che il cre-

(1) Instit. lib. 4, tit. 6, pr.

(2) « *Creditores* accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex qua-

ditore condizionale non ha che una semplice speranza (1). Nei debiti a tempo, il creditore ha un incontrastabile diritto alla somma o cosa promessa, e quando ritira il pagamento prima della scadenza del termine stabilito, riceve in realtà ciò che gli è dovuto. Al contrario nei debiti condizionali, fino a che la condizione non restò verificata, il creditore non ha diritto alla cosa promessa, e può darsi anzi che nulla siagli dovuto, se manca la condizione (2). Il terzo possessore che fa il giudizio di purgazione deve certamente fare la offerta di pagare immediatamente tutti i crediti esigibili e non esigibili; ma non per questo il creditore condizionale può avere il diritto di ritirare l'ammontare del suo credito. Deve perciò adottarsi un temperamento che concilii tutti gli interessi, quello del fondo, alla cui libertà mira il giudizio di purgazione, quello dei creditori posteriori al credito condizionale, i quali hanno diritto alla somma dovuta al creditore condizionale nel caso che manchi la condizione del credito, e quello finalmente dello stesso creditore condizionale, il quale verificandosi la condizione ha diritto al pagamento del suo credito. Questo temperamento consiste o nel deposito in una pubblica cassa della somma corrispondente al credito, o nel pagamento della somma stessa ai creditori posteriori sotto l'obbligo, assicurato con efficace garanzia, di restituire la somma al creditore condizionale nel caso che la condizione del credito rimanga verificata (3).

E se vi sarà un creditore di un' annua rendita, dovrà a questo pagarsi il capitale, alla sua rendita corrispondente? Il Persil distingue le rendite perpetue dalle vitalizie. Quanto alle prime, ammette che il terzo possessore possa liberare la sua proprietà rimborsando al creditore il capitale della rendita; ma

cumque actione, vel persecutione ..... sive pure, sive in diem, vel sub conditione. » (L. 10, D. *De verb. significatione.*)

(1) « *Conditionales creditores* dicuntur et hi, quibus nondum competit actio, est autem competitura: vel qui spem habent, ut competat. » (L. 54, D. *De verb. significatione.*) — « Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri. » (Instit. lib. 3, tit. 16, § 4.)

(2) « Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies: ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit; ubi sub conditione, neque cessit, neque venit dies, pendente adhuc conditione. » (L. 213, D. *De verb. significatione.*)

(3) Troplong, art. 2186, n. 959; art. 2195, n. 993.

tiene la massima opposta quando si tratta di una rendita vitalizia, e si fonda nella disposizione dell' articolo 1979, secondo il quale il costituente non può liberarsi dal pagamento della rendita con offrire il rimborso del capitale (1). Il Troplong sostiene che il terzo possessore ha tutto il diritto di liberare la sua proprietà dal peso sì di una rendita perpetua come di una vitalizia (2). Io non credo ammissibile la distinzione del Persil. Il Codice Napoleone, mosso dal nobile ed utilissimo intendimento di favorire la libertà dei beni immobili, volle dare in mano al terzo possessore un efficace e provido rimedio atto a purgarli dai pesi ipotecari sui medesimi gravitanti. La libertà dei fondi fu l' unico scopo onde furono inspirate le disposizioni contenute sotto i capi VIII e IX, e questo scopo fallirebbe, quando il terzo possessore non potesse liberare il suo fondo da tutti i carichi ipotecari. Perciò il terzo possessore dichiarar deve ai creditori inscritti che egli è pronto a soddisfare *immediatamente* ai debiti ed ai pesi ipotecari sino alla concorrenza del prezzo, *senza distinzione di debiti esigibili o non esigibili.* Le quali espressioni *non esigibili* comprendono nella loro generalità anche i capitali delle rendite vitalizie. E il diritto accordato al terzo possessore di ottenere la libertà piena ed assoluta del fondo risulta evidentemente dalla disposizione dell'articolo 2186, il quale dichiara che dopo che il valore dell' immobile restò definitivamente stabilito nel prezzo stipulato nel contratto, o dichiarato dal nuovo proprietario, questi resta liberato *da ogni privilegio od ipoteca,* o pagando il detto prezzo ai creditori che saranno nel grado di essere soddisfatti, o facendone deposito. Se col deposito del prezzo del fondo, il terzo possessore ha diritto di rimanere liberato da ogni privilegio od ipoteca, è forza il concludere che anche dal peso delle rendite vitalizie rimangono sciolti i fondi col giudizio di purgazione. Fatto il detto deposito, il fondo resta libero nelle mani dell' acquirente, e il creditore della rendita se si troverà in grado utile, avrà il solo diritto che con una parte del prezzo depositato sia cautamente investito un capitale capace di produrre la rendita annua. E questo capitale, dopo che la rendita vitalizia resterà estinta nei modi legali, dovrà essere assegnato ai creditori ipotecari posteriori, o in difetto di questi allo stesso debitore o alla

(1) Persil, art. 2184, n. 6, 7, 8.
(2) Troplong, art. 2184, n. 927.

massa dei suoi creditori chirografari (1). Dopo il deposito del prezzo, eseguito dal terzo possessore, essendo rimasto libero il fondo, non può più esservi alcuna lotta tra il creditore della rendita e il terzo possessore; ma è solo possibile un conflitto tra il creditore della rendita e i creditori ipotecari posteriori e il debitore, sia per determinare la somma del capitale da investirsi, sia per fissare le cautele, sotto le quali deve farsene l'investimento a garanzia di tutti gli interessati.

1209. Dimandano gl' Interpreti, se il terzo possessore debba, oltre il prezzo, offrire ai creditori inscritti gl' interessi del prezzo e quali? Il Grenier, posto il principio che i frutti del fondo ipotecato non sono dovuti ai creditori ipotecari se non dal giorno in cui s' immobilizzano a favore degli stessi creditori, dice che, siccome una tale immobilizzazione avviene solo allora che i creditori ipotecari esercitano la loro ipoteca, così gl' interessi del prezzo, che rappresentano i frutti del fondo, sono dovuti soltanto dal giorno delle notificazioni fatte dal terzo possessore conformemente alla disposizione dell' articolo 2183, o dal giorno della intimazione fatta dagli stessi creditori al terzo possessore di pagare i debiti o dimettere il fondo, se una tale intimazione precedette le accennate notificazioni; e che gl' interessi del prezzo anteriori alle dette notificazioni o alla indicata intimazione, se sono ancora dovuti all' alienante, devono essere, come cosa mobile, distribuiti per contributo tra i creditori dello stesso alienante, senza distinzione tra i creditori chirografari ed ipotecari (2). Il Troplong discorda dal Grenier, e fa la seguente distinzione: o l' acquirente che intraprende il giudizio di purgazione non pagò il prezzo del suo acquisto all' alienante, oppure pagò imprudentemente il detto prezzo, e si appiglia al partito del giudizio di purgazione per liberarsi dalle azioni ipotecarie intentate dai creditori inscritti. Nel primo caso dice il Troplong che colle notificazioni indicate dall'articolo 2183 i creditori inscritti vengono per una tacita convenzione surrogati in tutti i diritti dell' alienante, e che perciò il terzo possessore deve fare ai medesimi la offerta di pagare, oltre il prezzo, tutti gl' interessi da lui dovuti allo stesso alienante. Nell' altro caso il Troplong trova giusta la distinzione del Grenier, e dice che non essendo dovuti all' alienante gl' interessi del prezzo già pagato, a

(1) Duranton, tome XI, n. 382.
(2) Grenier, tome II, n. 441.

questi hanno diritto i creditori inscritti non già come surrogati all' alienante, ma *jure proprio* dal giorno della intimazione fatta allo stesso terzo possessore di pagare i debiti ipotecari o dimettere il fondo, o dal giorno delle notificazioni fatte dallo stesso terzo possessore, se nessuna intimazione ebbe luogo contro di lui da parte dei creditori inscritti (1). Mi pare da preferirsi la distinzione del Grenier. Il Troplong pone il principio che sotto la parola *prezzo* cadono altresì gl' interessi, e da questo principio tira la conseguenza che il legislatore colla parola *prezzo* usata nell' articolo 2184 accennò non tanto al prezzo capitale, ma altresì a tutti gl' interessi dovuti dal terzo possessore. Il prezzo di una cosa alienata è propriamente il valore che rappresenta la proprietà della stessa cosa, e gl' interessi non sono una parte del prezzo, ma ne sono un accessorio, e sono dovuti dall' alienatario o in forza di una speciale convenzione, o per legge, in compenso del godimento dell' acquistata proprietà, o in pena della mora. In questo senso il Codice Napoleone usa mai sempre la parola *prezzo* nei diversi articoli contenuti sotto il titolo — *Della vendita,* — nel quale contempla evidentemente gl' interessi come cosa distinta dal prezzo, e come un accessorio del medesimo (2). La stessa autorità del Merlin citato dal Troplong sta contro lo stesso Troplong (3). Se il prezzo della vendita, come dice il Merlin, è ciò che il venditore riceve dall' acquirente in cambio della cosa venduta, dovrà ammettere il Troplong che la definizione del Merlin non può riferirsi agli interessi del prezzo, i quali sono dovuti dal compratore non già in cambio della cosa comprata, ma sì bene in compenso del godimento della stessa cosa. E questa verità è confermata dallo stesso Pothier citato dal Troplong (4). Gl' interessi del prezzo sono dovuti dal giorno del godimento appunto perchè sono un correspettivo e un compenso dei frutti della

(1) Troplong, art. 2184, n. 929, 930.

(2) Art. 1620, 1630, 1650, 1652 e 1682.

(3) « *Le prix d'une vente*, dit M. Merlin (*Rép., Surenchère*, p. 338), *est tout ce que le vendeur reçoit de l'acquéreur en échange de la chose qu'il lui vend: c'est toute la somme que, sous une dénomination ou sous une autre, l'acquéreur tire de sa poche pour la faire entrer dans celle du vendeur.* » (Troplong, art. 2184, n. 929.)

(4) « Pothier enseigne que les intérêts du prix sont dus de plein droit, et *ex natura contractus*, du jour de l'entrée en jouissance. » (Troplong, art. 2184, n. 929.).

cosa percetti dal compratore. Ciò è sì vero, che quando la cosa non produce frutti, il compratore non è tenuto agl' interessi del prezzo, se non dal giorno in cui è stato messo in mora con una dimanda giudiziale (1). Non è vero ciò che asserisce il Troplong (2) che il Codice Napoleone aggiunge sempre alla parola *prezzo* qualche parola ristrettiva quando vuole esclusi gl' interessi. Smentiscono questa asserzione la più parte degli articoli contenuti sotto il titolo — *Della vendita*, — nei quali la semplice parola *prezzo* è usata a significare il prezzo capitale. E siccome nell' articolo 1673, citato dal Troplong, il legislatore si fa a determinare tassativamente gli obblighi da adempirsi dal venditore che fa uso del patto di retratto; così è facile spiegare il perchè volle aggiungere alla parola *prezzo* l'altra *capitale*, per escludere gl' interessi, che in alcuni casi sono dovuti come un accessorio del prezzo. E non è impresa malagevole vincere l' Achille degli argomenti che il Troplong schiera in battaglia, per provarè che nell'articolo 2184 la parola *prezzo* è usata in un senso larghissimo che abbraccia il capitale e gl' interessi. L' articolo 2183, egli dice, impone l' obbligo al terzo possessore di notificare ai creditori inscritti il *prezzo ed i carichi formanti parte del prezzo della vendita.* Gl' interessi del prezzo sono un carico formante parte del prezzo: dunque il terzo possessore deve ai creditori inscritti, oltre il prezzo, tutti gl' interessi dovuti all'alienante (3). Nego la minore del sillogismo, di cui si vale il Troplong; imperocchè è falso che gl' interessi sieno un carico che faccia parte del prezzo, ma è vero piuttosto che gl' interessi sono dovuti oltre il prezzo come un accessorio di questo ed un' appendice, e lungi dall' essere uno degli elementi, onde si compone il prezzo ossia il valore dell'alienata proprietà, sono semplicemente, come già si è detto, l'equivalente dei frutti della cosa dall' alienatario percetti dopo l'acquisto. Consideriamo la condizione vera del terzo possessore in faccia

(1) Pothier, *Du contrat de Vente*, n. 284.

(2) « Toutes les fois que le législateur a voulu séparer les intérêts d'avec le prix, il s'en est expliqué formellement, comme dans l'art. 1673, où il se sert de l'expression *prix principal*, comme pour exclure le prix accessoire qui sont les intérêts. » (Troplong, art. 2184, n. 929.)

(3) « Donc l'acquéreur doit aussi offrir de payer le prix et les charges faisant partie du prix, c'est-à-dire, entre autres choses, les intérêts du prix, s'il en est dû au vendeur. » (Troplong, art. 2184, n. 929.)

ai creditori ipotecari, chè questa ci farà convinti dell' errore del Troplong. Qualunque sieno i patti, onde il debitore alienò la sua proprietà, è certo che l' alienazione non potè recar pregiudizio ai diritti dei creditori ipotecari, diritti che seguono il fondo, qualunque siane il possessore. Per questo l' alienatario diviene come possessore del fondo risponsabile dei debiti ipotecari del suo autore, sebbene non sia vincolato da alcuna obbligazione personale. Ed una tale risponsabilità derivante dal possesso del fondo ipotecato, dà diritto ai creditori ipotecari di citare il possessore con azione reale o al pagamento dei debiti, o al rilascio del fondo. Il diritto reale della ipoteca è la causa e la misura dell' azione che i creditori ipotecari esercitar possono contro il terzo possessore. E siccome il diritto d' ipoteca, il quale si risolve in sostanza nella facoltà spettante al creditore di far vendere il fondo ipotecato e di essere pagato col prezzo a preferenza della massa dei creditori chirografari, non priva l' ipotecante del dominio e del godimento della cosa ipotecata; così nessun diritto i creditori ipotecari esercitar possono sui frutti dell' immobile ipotecato, se non dal giorno in cui tali frutti s' immobilizzano coll' esercizio del diritto d' ipoteca. Prima di questo giorno i creditori ipotecari nessun diritto hanno sui frutti, che essendo di loro natura beni mobili devono essere necessariamente distribuiti per contributo alla massa dei creditori chirografari. Conformemente a questi principj l' articolo 2176 dispone che i frutti dell' immobile ipotecato non sono dovuti dal terzo possessore che dal giorno in cui gli fu intimato di pagare o di rilasciare il fondo. Non è diversa in faccia ai creditori ipotecari la condizione del terzo possessore che procede al giudizio di purgazione per liberare l' acquistato fondo dai pesi ipotecari esistenti a carico degli antecedenti proprietari. Il contratto di alienazione è estraneo ai creditori ipotecari; ma siccome questi hanno un diritto reale sul fondo, così la legge, cui preme la libertà dei beni immobili, accorda la facoltà al terzo possessore di eccitare colle notificazioni prescritte dall' articolo 2183 i creditori ipotecari ad esercitare il diritto d' ipoteca loro competente. Non hanno altro scopo le notificazioni che fa il terzo possessore ai creditori inscritti sull' appoggio del citato articolo 2183; e perciò la legge lascia ai diffidati creditori l' alternativa o di domandare l' incanto del fondo, o di accettare senz' alcun esperimento d' asta il prezzo stipulato nel contratto, o dichiarato dal

terzo possessore. La condizione dei creditori ipotecari in faccia al terzo possessore è sempre la stessa, o intentino essi direttamente l'azione ipotecaria, o sieno colle dette notificazioni eccitati ad esercitare sul fondo i loro privilegi e le loro ipoteche. Nell' uno e nell' altro caso essi non possono far valere che i soli diritti che loro attribuisce il gius d'ipoteca, in quanto che il giudizio di purgazione non ha altro scopo che di liberare il fondo dai pesi ipotecari che lo tengono vincolato. E siccome il diritto d'ipoteca non dà ai creditori ipotecari alcun diritto sui frutti, se questi non sono immobilizzati coll'esercizio dell'azione ipotecaria; così i creditori ipotecari, che rinunziando al diritto di chiedere l'incanto si contentano del prezzo offerto dall'acquirente, prezzo che rappresenta l'immobile a loro garanzia ipotecato, nessun diritto vantar potranno sugli interessi dello stesso prezzo se non dal giorno delle notificazioni ad essi fatte dal terzo possessore, colle quali appunto viene posto in esercizio il loro diritto d'ipoteca. Il Troplong dunque a torto pretende che i diritti dei creditori ipotecari, che citano il terzo possessore a pagare il debito, o a dimettere il fondo, siano diversi da quelli che loro competono nel caso del giudizio di purgazione volontariamente intrapreso dal terzo possessore. Il temperamento di transazione che il Troplong immagina tra il terzo possessore che fa le notificazioni prescritte dall'articolo 2183 e i creditori ipotecari, è una chimera. Non dice già il terzo possessore ai creditori, come pretende il Troplong (1): — Io vi pagherò tutto che avrei pagato al mio venditore, se non mi torrete il fondo da me acquistato. — Dice semplicemente: — La vostra ipoteca vi dà diritto di domandare l'incanto del fondo per distribuirne il prezzo tra voi. Ebbene! io vi offro come prezzo del fondo la somma indicatavi colla fatta notificazione, e sino alla concorrenza di questa, se verrà da voi accettata, io soddisfarò ai pesi e debiti ipotecari. — Ecco la sola e vera offerta fatta dal terzo possessore ai creditori ipotecari, come risulta dalla chiarissima disposizione dell'articolo 2184! Lo stesso Troplong, per potere attribuire ai creditori ipotecari il di-

(1) « Mais dans le cas de l'art. 2184, il en est autrement . . . . . ; au lieu de renvoyer les créanciers à se faire payer sur l'immeuble, il leur offre une composition et il leur dit: Épargnez-moi l'expropriation, je vais vous payer tout ce que j'aurais payé à mon vendeur. » (Troplong, art. 2184, n. 929.)

ritto a tutti gl' interessi dovuti dal terzo possessore al suo venditore, ricorre al ripiego di una surroga, e dice che i creditori hanno diritto a tali interessi come surrogati nelle ragioni tutte del venditore (1). Io dimando al Troplong: questa surroga è legale o convenzionale? Non è certamente legale, perchè di questa non fa parola l'articolo 1251, il quale determina i casi, in cui ha luogo la surroga legale. Sarà dunque convenzionale. E infatti il Troplong la deduce da un tacito contratto che suppone intervenuto tra il debitore alienante, i creditori inscritti sul fondo, e il terzo possessore che fa il giudizio di purgazione (2). Ma i contratti taciti devono risultare da un fatto materiale, che sia l'espressione del consenso (3). Ora qual fatto del venditore, che ne esprima il consenso, può addurre il Troplong, se il venditore rimane estraneo alle notificazioni fatte dal terzo possessore ai soli creditori inscritti? Se manca per parte del venditore qualunque fatto materiale, dal quale si possa argomentare il consenso tacito dello stesso venditore, nessuno mi potrà dar torto quando dico che il tacito contratto che il Troplong suppone tra il venditore, i creditori ed il terzo possessore, è un sogno ed una chimera. E come potrà aver luogo a favore dei creditori ipotecari la surroga in tutti i diritti spettanti al venditore, se manca affatto quel tacito contratto, dal quale il Troplong pretende dedurla? Ma a che spendo parole per confutare il Troplong, se egli stesso mi porge un argomento irrepugnabile contro sè medesimo? Egli infatti ammette che gl' interessi del prezzo offerto dall'acquirente non s'immobilizzano, e che sono dovuti ai creditori ipotecari non in forza della loro ipoteca, ma in grazia di una delegazione che investe gli stessi creditori di tutti i diritti spettanti

(1) « C'est donc comme subrogés au vendeur que les créanciers reçoivent non-seulement le prix principal, mais encore les intérêts s'il en est dû; et l'on aperçoit dès lors l'énorme différence qui existe entre ce cas et celui de l'art. 2176. Or, le vendeur a droit à tous les intérêts, depuis l'entrée en jouissance de l'acquéreur qui ne l'a pas payé. Donc les créanciers y ont également droit, quand même ils n'auraient fait aucune sommation. » (Troplong, art. 2184, n. 929.)

(2) « Alors il se forme un contrat tacite entre l'acquéreur, les créanciers et le vendeur . . . . . Le vendeur est censé consentir ou avoir consenti à ce que ses créanciers hypothécaires lui soient subrogés. » (Troplong, art. 2184, n. 929.)

(3) Vinnii, *Comment. Instit.* lib. 3, tit. 28, pr. n. 3.

al venditore (1). La delegazione non può aver luogo se non vi è il consenso del debitore delegante, del debitore delegato, e del creditore, in favor del quale la delegazione viene fatta (2). Ora come può nascere la delegazione supposta dal Troplong da una semplice offerta fatta dall' acquirente ai creditori inscritti senza il concorso dell' alienante? L' acquirente è il debitore delegato, che deve pagare gl' interessi ai creditori anzichè al venditore; i creditori ipotecari sono le persone, in favor delle quali la delegazione viene fatta. E l' assenso del venditore che far deve le parti di delegante donde risulta? La delegazione imaginata dal Troplong manca della base principale, che è il consenso del delegante. E siccome lo stesso Troplong confessa che gl' interessi del prezzo non sono dovuti ai creditori ipotecari *jure hypothecæ;* così mancando a questi qualunque titolo per reclamare i detti interessi anteriori alle notificazioni fatte dal terzo possessore, si può con tutto il fondamento concludere che i creditori ipotecari non hanno diritto agl' interessi del prezzo offerto dal terzo possessore che intraprende il giudizio di purgazione, se non dal giorno in cui acquistano il diritto sui frutti immobilizzati, ossia dal giorno della intimazione da loro fatta al terzo possessore di pagare il debito o dimettere il fondo, o in difetto di una tale intimazione dal giorno delle spontanee notificazioni fatte dallo stesso terzo possessore ai creditori ipotecari. Dice il Troplong che i creditori ipotecari hanno diritto agl' interessi del prezzo per lo stesso titolo, pel quale hanno diritto al prezzo, e che a questo e a quelli hanno diritto in quanto subentrano nel posto del venditore. Mi fa meraviglia che un Troplong possa asserire questa proposizione. I creditori ipotecari non hanno diritto al prezzo come surrogati nei diritti del venditore, ma hanno sul prezzo un diritto assoluto e indipendente da qualsiasi surroga o delegazione espressa o tacita fatta dal venditore, e questo diritto sul prezzo loro deriva dal gius d' ipoteca radicato sul fondo. Il prezzo rappresenta il fondo, e perciò hanno diritto

(1) « Est-ce donc à titre de chose immobilière que les créanciers ont droit aux intérêts? Nullement..... Le fait est qu'ils ont droit aux intérêts, par la même raison qu'ils ont droit au prix. C'est parce qu'ils sont appelés à remplacer le vendeur, et qu'ils exercent ses actions à leur rang en son lieu et place, qu'ils sont, en un mot, ses délégués. » (Troplong, art. 2184, n. 929.)

(2) Voet, lib. 46, tit. 2, n. 12.

sul prezzo. Se il fondo non fosse rappresentato dal prezzo, se la causa per cui i creditori ipotecari hanno diritto sul prezzo non fosse il diritto d'ipoteca gravitante snl fondo, se i detti creditori dovessero ripetere il loro diritto sul prezzo dalla delegazione o surroga espressa o tacita del venditore, allora ne verrebbe l'assurdo che il prezzo come sostanza mobile dovrebbe distribuirsi per contributo tra tutti i creditori ipotecari a cui furono fatte le notificazioni dal terzo possessore. Ecco la conseguenza inevitabile del principio posto dal Troplong! Nel caso di una donazione tra vivi, il donatario che fa il giudizio di purgazione non deve certamente al donante il prezzo della cosa donata. Eppure il donatario che fa il giudizio di purgazione deve offrire il prezzo della cosa donata ai creditori ipotecari. Se essi accettano il prezzo offerto dal donatario e rinunziano agl'incanti, dirà il Troplong che anche in questo caso hanno diritto sul prezzo come surrogati ai diritti del donante, al quale nulla deve il donatario? È però un fatto incontrastabile che il caso della vendita nel giudizio di purgazione è assimilato a quello della donazione; che al venditore e al donatario, che intendono purgare l'acquistato fondo dai pesi ipotecari, impone la legge gli stessi obblighi; e che i creditori ipotecari, a cui vengono fatte le notificazioni prescritte dall'articolo 2183, hanno sul prezzo stipulato nel contratto di vendita loro offerto dal compratore gli stessi diritti che loro competono sul valore attribuito dal donatario al fondo donato. E quando fosse vero che i creditori ipotecari hanno diritto al prezzo offerto dal terzo possessore e agl'interessi dello stesso prezzo come surrogati nei diritti e nelle ragioni del venditore, allora non si saprebbe spiegare il perchè la legge obblighi il terzo possessore a fare la dichiarazione di essere pronto a soddisfare *immediatamente* sino alla concorrenza del prezzo ai debiti e pesi ipotecari, *senza distinzione di debiti esigibili o non esigibili.* Imperocchè vorrebbe allora giustizia che il terzo possessore, lungi dall'essere obbligato alla immediata soddisfazione dei debiti e pesi ipotecari, godesse dei termini e delle dilazioni accordategli dal venditore al pagamento del prezzo.

1210. Nel caso che un fondo ipotecato dal proprietario a favore dei suoi creditori sia venduto per un determinato prezzo ad un primo compratore, e che questi senza curarsi di fare il giudizio di purgazione lo venda ad un secondo acquirente per un

maggior prezzo, si è fatto il dubbio, se i creditori del primo venditore abbiano diritto al prezzo stipulato nell' ultimo contratto, o soltanto al minor prezzo della prima vendita fatta dal loro immediato debitore. La legge non fa alcuna differenza fra i creditori inscritti a carico del primo e quelli inscritti contro il secondo venditore, e guarda semplicemente ai creditori che hanno una inscrizione accesa sul fondo da purgarsi. A questi, o abbiano causa dal primo o dal secondo venditore, l' ultimo possessore che fa il giudizio di purgazione deve fare le notificazioni e la dichiarazione prescritte dagli articoli 2183 e 2184. E così tutti i creditori inscritti hanno diritto al prezzo o valore offerto dall' ultimo possessore (1).

1211. La offerta fatta conformemente alla disposizione dell' articolo 2184 importa una obbligazione personale del terzo possessore di pagare il prezzo stipulato nel contratto o da lui dichiarato. Dopo una tale offerta il terzo possessore è impedito dal fare il rilascio del fondo? Il Persil insegna che il terzo possessore rimane personalmente obbligato al pagamento del prezzo offerto; che dopo la offerta non è più in diritto di rilasciare l'immobile; e che dalla contratta obbligazione rimane disonerato e sciolto solo allora che i creditori dimandano l' incanto entro il termine legale (2). Il Grenier è dello stesso avviso, e pensa che colla semplice offerta del prezzo, avviene un tacito contratto fra il terzo possessore e i creditori inscritti; che perciò la obbligazione di pagare l' offerto prezzo è irretrattabile, non ostante che non sia passato il termine dei 40 giorni accordato ai creditori per chiedere l' incanto; e che per conseguenza dal dì soltanto, in cui i creditori dimandarono l'incanto, la obbligazione del terzo possessore rimane sciolta ed annullata (3). Il Troplong, contraddicendo alla opinione del Grenier, pensa che la offerta del prezzo fatta dal terzo possessore ai creditori inscritti non è irretrattabile, e che tale diviene solo allora quando i creditori l' hanno accettata o con una espressa dichiarazione, o tacitamente lasciando scorrere il termine dei 40 giorni senza chiedere l' incanto (4). Io m' attengo alla opinione

(1) Persil, art. 2184, n. 10.
(2) Persil, art. 2184, n. 12.
(3) Grenier, tome II, n. 458.
(4) Troplong, art. 2184, n. 931.

del Grenier, ma per ragioni diverse. Il Grenier giudica irretrattabile la offerta e la relativa obbligazione del terzo possessore in forza del quasi contratto che ha luogo in giudizio tra lo stesso terzo possessore e i creditori, ai quali furono fatte le notificazioni (1). È verissimo che in giudizio avviene un quasi contratto tra l'attore e il reo convenuto, ma è vero altresì che un tale quasi contratto non nasce dal semplice libello dell'attore, ma soltanto dal giorno della contestazione della lite (2). Non può dunque il Grenier da un quasi contratto, derivante dalla sola dichiarazione fatta dal terzo possessore nel momento delle notificazioni di pagare l'offerto prezzo, far nascere la obbligazione giudiziale ed irretrattabile dello stesso terzo possessore. È a dirsi piuttosto che il terzo possessore è in tale qualità obbligato al pagamento di tutti i debiti ipotecari, e che per sottrarsi a tale risponsabilità e a tutte le conseguenze che ne derivano, la legge gli accorda la facoltà d' intraprendere il giudizio di purgazione entro un mese al più tardi dalla prima fattagli intimazione. Se egli vuole far uso di questo beneflzio, deve adattarsi a tutte le condizioni a lui prescritte dal legislatore nel capo VIII, e così offrire ai creditori inscritti il prezzo del fondo nel modo stabilito dall'articolo 2184. E siccome la legge accorda ai creditori, a cui fu fatta la detta offerta, il termine di 40 giorni per accettarla o domandare l'incanto, così il terzo possessore che fece volontariamente la scelta del rimedio del giudizio di purgazione per liberarsi dal pericolo delle azioni ipotecarie, non potrà impedire ai creditori, a cui furono fatte le notificazioni prescritte dall'articolo 2183, l'esercizio dei diritti che loro attribuisce la legge in conseguenza delle stesse notificazioni. Il terzo possessore è libero di fare o no

(1) « C'est une règle générale, qu'on contracte en justice comme devant notaire. Or, pourrait-on ne pas regarder comme un contrat judiciaire, arrêté entre l'acquéreur et les créanciers inscrits, la déclaration, de la part de l'acquéreur, que doivent contenir les notifications qu'il fait à ces créanciers, aux termes de l'art. 2184, qu'il est prêt à acquitter sur-le-champ les dettes et charges hypothécaires, jusqu'à concurrence du prix, sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles? » (Grenier, tome II, n. 458.)

(2) « In judicio ergo quasi contrahitur, non tantum per sententiam, sed etiam litem contestando. » (Brunnemannus ad L. 3, § 11, D. *De peculio*, n. 7.)

il giudizio di purgazione; ma fatta la scelta, non è più in sua balía di contrastare ai diritti che in termini assoluti attribuisce il legislatore ai creditori inscritti. Non dice la legge che quando il nuovo proprietario avrà fatte le notificazioni, di cui parla l'articolo 2183 colla dichiarazione comandata dal successivo articolo 2184, qualunque creditore inscritto può chiedere che l'immobile sia posto all'incanto? E il terzo possessore con un pentimento e con una ritrattazione spesso capricciosa sarà in diritto di burlarsi dei creditori, a cui fece la offerta? Non lascia la legge l'alternativa ai creditori o di accettare la fatta offerta o di domandare l'incanto del fondo entró il termine di 40 giorni? La ritrattazione e il pentimento del terzo possessore potranno pregiudicare a un sacro diritto che la legge accorda ai creditori inscritti? No: non è mestieri di ricorrere al ripiego di un tacito contratto, come fa il Grenier. Il diritto dei creditori di domandare l'incanto o di accettare l'offerto prezzo entro il termine di 40 giorni nasce dalla legge. E appunto perchè un tale diritto è attribuito dalla legge, non può essere tolto dal capriccio del terzo possessore, il quale deve dolersi della propria imprudenza e dabbenaggine, se per sottrarsi all' azione dei creditori, scelse un rimedio che non gli torna utile. Quando poi la offerta del terzo possessore sia stata accettata dai creditori, che non chiesero l' incanto entro il termine legale, hanno questi allora il diritto di domandarne l'adempimento con tutti i mezzi legali, onde il debitore può essere costretto alla esecuzione delle contratte obbligazioni. Imperocchè il terzo possessore che offre il prezzo del fondo, rimane personalmente obbligato al pagamento di detto prezzo. È perciò diversa in faccia ai creditori ipotecari la condizione del terzo possessore, secondo che egli ha fatto o no la offerta del prezzo. Se il terzo possessore non fece la detta offerta, è obbligato come possessore al pagamento dei debiti ipotecari; ma può sottrarsi a questa obbligazione facendo il rilascio del fondo, e quando anche non faccia un tale rilascio, i creditori hanno il solo diritto di far vendere a carico di lui l'immobile ipotecato (1). Al contrario, se il terzo possessore fece la offerta del prezzo, non solo non può più fare il rilascio del fondo, non solo i creditori hanno il diritto di far vendere a carico di lui l'immobile ipotecato; ma possono

(1) Persil, art. 2169, n. 1 e 2; art. 2184, n. 12.

ottenere il pagamento del prezzo offerto colla vendita degli altri beni del terzo possessore, il quale colla fatta offerta si costituì personal debitore degli stessi creditori inscritti (1).

Articolo 2185.

Quando il nuovo proprietario avrà fatta tale notificazione nel termine stabilito, qualunque creditore di cui è inscritto il titolo, può chiedere che l'immobile sia posto all'incanto ed alle pubbliche aggiudicazioni, sotto condizione,

1°. Che tale richiesta venga significata al nuovo proprietario entro quaranta giorni, al più tardi, dopo la notificazione fatta ad istanza di quest'ultimo, aggiugnendovi due giorni ogni cinque miriametri di distanza tra il domicilio eletto ed il domicilio reale di ciaschedun creditore istante;

2°. Che essa contenga l'oblazione dell'istante d'accrescere o di far accrescere il prezzo d'un decimo al disopra di quello che sarà stato stipulato nel contratto, o dichiarato dal nuovo proprietario;

3°. Che la stessa notificazione verrà fatta nel medesimo termine al precedente proprietario, debitor principale;

4° Che l'originale e le copie di tali atti saranno sottoscritte dal creditore istante, o dal suo procuratore a ciò espressamente destinato, il quale, in tal caso, è obbligato di dar copia della sua procura;

(1) Grenier, tome II, n. 458.

5°. Ch' egli si offra a dar cauzione fino alla concorrenza del prezzo e dei carichi.

L' omissione di alcuna di queste condizioni produrrà nullità.

SOMMARIO.

1212. La facoltà di chiedere l' incanto del fondo da purgarsi colle formalità del capo VIII è accordata ai soli creditori inscritti.

1213. Una tale facoltà è concessa ai creditori inscritti sotto cinque condizioni. La prima si è che la richiesta dell' incanto venga significata al nuovo proprietario entro 40 giorni, al più tardi, dopo la notificazione fatta ad istanza di quest' ultimo. Questo termine da qual giorno corre riguardo ai creditori inscritti anteriormente alla trascrizione del contratto di alienazione, e riguardo a quelli che accesero la inscrizione posteriormente alla detta trascrizione?

1214. In qual caso il termine dei 40 giorni è prolungato?

1215. La seconda condizione, alla quale fu subordinata la dimanda dell' incanto, è che la istanza del creditore chiedente l' incanto debba contenere la oblazione dello stesso creditore di accrescere o di far accrescere il prezzo di un decimo sopra quello che fu stipulato nel contratto, o dichiarato dal nuovo proprietario, che fa il giudizio di purgazione. L' aumento del decimo deve farsi anche sopra i carichi che formano parte del prezzo, sopra l' ammontare delle spese del contratto, e sopra gl' interessi dovuti dal compratore? La offerta fatta dal creditore conformemente alla disposizione dell' articolo 2185 importa una vera obbligazione personale, dalla quale egli rimane sciolto soltanto dopo che una nuova offerta è stata fatta al momento dell' incanto.

1216. La terza condizione necessaria alla dimanda dell' incanto fatta dal creditore si è che questa sia notificata entro lo stesso termine dei 40 giorni al precedente proprietario, debitor principale.

1217. Si richiede inoltre come quarta condizione che l' originale e le copie degli atti fatti dal creditore che dimanda l' incanto, sieno sottoscritti dallo stesso creditore, o dal suo procuratore a ciò espressamente destinato, il quale, in tal caso, è obbligato di dar copia della sua procura.

1218. Si ricerca da ultimo come ultima condizione che il creditore istante si offra a dar cauzione fino alla concorrenza del prezzo e dei carichi. La cauzione si dà mediante un idoneo fideiussore, il quale deve essere nominatamente indicato dal creditore nell'atto della offerta. La notificazione, onde il creditore offre la cauzione, deve contenere la copia dell'atto del deposito fatto in cancelleria dei documenti che ne provano la solvibilità. Se la cauzione è rigettata, la domanda e la maggiore oblazione sono dichiarate nulle, e l'acquirente è mantenuto nel suo possesso.

1219. Per una Legge particolare il Fisco è dispensato dall'obbligo della cauzione.

1220. Il creditore che dimanda l'incanto può essere ammesso a dare un pegno in luogo di un fideiussore, non però una ipoteca.

1221. Se la cauzione sarà dichiarata insufficiente, potrà il creditore offrirne un'altra? E se il mallevadore sarà idoneo all'atto della offertà, ma diverrà insolvibile prima del decreto di accettazione, o morirà, sarà il creditore ammesso a presentarne un nuovo? Che avverrà nel caso inverso?

1222. Il fideiussore offerto dal creditore che dimanda l'incanto deve rigorosamente adempire alle condizioni prescritte dagli articoli 2018 e 2019. Non è però necessario che sia tale da potersi personalmente arrestare.

1223. La risponsabilità del fideiussore offerto dal creditore che dimanda l'incanto è ristretta dalla legge entro i limiti del prezzo stipulato nel contratto di alienazione o dichiarato dall'acquirente, e dei carichi che ne formano parte.

1224. Dopo la dimanda dell'incanto fatta da un creditore, a carico di chi stanno i casi fortuiti, che deteriorano o distruggono il fondo?

1225. La omissione di alcuna delle condizioni prescritte dall'articolo 2185 rende nulla la dimanda del creditore, e l'acquirente che intraprese il giudizio di purgazione conserva il possesso e il dominio del fondo.

1226. Se un minore o una donna chiederanno l'incanto senza essere autorizzati dal tutore o dal marito, la offerta di una idonea e solvibile cauzione basterà a garantire l'interesse del debitore alienante, del nuovo proprietario, e della massa dei creditori ipotecari?

1227. L'autorizzazione posteriore data dal tutore o dal marito alla dimanda dell'incanto fatta nullamente dal minore o dalla donna, può renderla efficace?

1228. Il terzo possessore può impedire l'incanto chiesto da uno o più creditori, depositando le somme dovute a tutti i creditori inscritti.

1212. Dura sarebbe la condizione dei creditori, a cui il terzo possessore fece le notificazioni prescritte dall'articolo 2183, se essi fossero costretti ad accettare il prezzo loro offerto, e il più delle volte sarebbe illusoria la loro ipoteca, quando il prezzo stipulato nel contratto di vendita o dichiarato dal nuovo proprietario fosse minore del giusto e del vero. E largo campo alle frodi nel supposto caso sarebbe aperto in danno dei creditori, potendo la mala fede del debitore alienare i beni già gravati da ipoteche e da privilegi, per un modico prezzo non bastevole al pagamento dei crediti ipotecari, e così tradire le giuste speranze degli ultimi creditori. La ipoteca, non privando il debitore del gius di dominio, non può togliergli certamente la libertà di alienare a titolo gratuito od oneroso i beni ipotecati; ma se è giusto che la legge rispetti nel debitore la libera disponibilità dei beni propri, è giusto altresì che assicuri ai creditori il pieno esercizio derivante dalle costituite ipoteche. Perciò la Legge di brumaio anno 7 (1) accordò ai creditori, a cui l' acquirente notificò nel termine prescritto il suo contratto di acquisto, il diritto di chiedere l'incanto del fondo. E lo stesso diritto attribuì il Codice Napoleone ai creditori, a cui furono fatte dal terzo possessore le notificazioni ed offerte, di cui fanno parola gli articoli 2183 e 2184. Per tal modo il legislatore ha reso omaggio a tutti i diritti, a quello del debitore proprietario, a cui lasciò la libera e piena facoltà di alienare a qualunque titolo oneroso o gratuito i beni ipotecati, ed a quello altresì dei creditori ipotecari, ai quali accordò l' alternativa o di accettare il prezzo offerto dal nuovo proprietario, o di tentare l' esperimento dell' incanto. Il quale diritto di chiedere l'incanto fu dall' articolo 2185 concesso ai soli creditori, di cui è inscritto il titolo, per la ragione che i soli creditori inscritti possono esercitare il loro diritto d' ipoteca contro il terzo possessore.

(1) « Allorchè l'acquirente ha notificato nel termine prescritto, qualunque creditore, i cui titoli sono stati inscritti, può chiedere che l'immobile sia messo all' incanto ed alla pubblica aggiudicazione coll' obbligo: 1° di dichiararlo all'acquirente dentro il mese dalla notifica da lui fatta; 2° di obbligarsi d' accrescere o far accrescere il prezzo almeno oltre un ventesimo più di quello stipulato nel contratto. — Tale richiesta è notificata tanto all'acquirente che al venditore con citazione, il cui originale, come le copie, saranno sottoscritte dal creditore o dal suo procuratore, il quale in questo caso sarà tenuto di dar copia della sua procura; il tutto sotto pena di nullità. » (Legge di brumaio anno 7, art. 31.)

Anche il Codice di Procedura richiede la inscrizione come una condizione indispensabile, senza la quale non è lecito al creditore di domandare l'incanto del fondo dal debitore alienato (1). Vi è però tra il Codice Civile e il Codice di Procedura la importantissima differenza altre volte avvertita che, secondo il primo, la inscrizione deve essere accesa al momento dell'alienazione, per la ragione che giusta i principj del detto Codice, l'alienazione purga *ipso jure* il fondo dalle ipoteche non inscritte; laddove la inscrizione, secondo il Codice di Procedura, può essere accesa entro 15 giorni dalla eseguita trascrizione del contratto di alienazione. Tutti i creditori pertanto, che hanno un privilegio od una ipoteca soggetta alla formalità della inscrizione, potranno chiedere l'incanto, sì veramente che abbiano accesa in tempo debito la loro inscrizione, ossia almeno entro 15 giorni dalla trascrizione eseguita dal terzo possessore che intraprende il giudizio di purgazione. E siccome fu detto più sopra che anche i privilegi generali dell'articolo 2101 si purgano colle formalità del capo VIII, e la dispensa dalla inscrizione per questi privilegi tace in faccia al terzo possessore; così anche ai creditori muniti di alcuno dei detti privilegi sono applicabili le disposizioni degli articoli 2185 del Codice Civile e 834 del Codice di Procedura; i quali creditori dovranno avere inscritto il loro privilegio entro 15 giorni al più tardi dalla trascrizione del contratto eseguita dal terzo possessore, se vorranno far uso del diritto di chiedere l'incanto accordato ai soli creditori inscritti.

1213. La facoltà di chiedere l'incanto è concessa ai creditori inscritti sotto cinque condizioni, di cui ora dirò brevemente. La prima condizione si è che al nuovo proprietario entro 40 giorni, al più tardi, dopo la notificazione fatta ad istanza di lui venga significata la richiesta dell'incanto. La Legge lascia ai creditori, a cui furono fatte le notificazioni prescritte dall'articolo 2183, il termine di 40 giorni per chiedere l'incanto, e questo termine perentorio corre per ciascun creditore dal giorno della ricevuta notificazione. Ond'è che il termine dei 40 giorni scadrà nello stesso giorno per tutti i creditori inscritti, se a tutti fu fatta nello stesso giorno la notificazione di cui parla l'articolo 2183, come quella dalla quale corre il detto termine. Che se in diversi giorni furono fatte ai vari creditori le accennate

(1) Art. 834.

notificazioni, in tal caso diversa sarà pure la scadenza del detto termine per ciascun creditore. Tutti i creditori inscritti hanno diritto di chiedere l'incanto entro 40 giorni dopo la notificazione fatta ad istanza del nuovo proprietario. Ora il Codice di Procedura nell'articolo 834 accorda bensì il diritto di chiedere l'incanto anche ai creditori inscritti entro i 15 giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione, ma nel successivo articolo 835 dispensa il nuovo proprietario dall'obbligo di fare le notificazioni prescritte dagli articoli 2183 e 2184 del Codice Civile ai creditori che non hanno inscrizione anteriore alla detta trascrizione. Se pertanto vi saranno creditori inscritti anteriormente alla trascrizione del contratto di alienazione, e creditori inscritti posteriormente alla medesima, ai primi soltanto e non ai secondi dovrà fare il nuovo proprietario le prescritte notificazioni. Ma da qual giorno correrà per questi ultimi il termine dei 40 giorni per chiedere l'incanto? Il detto articolo 835 del Codice di Procedura dichiara che in ogni caso, mancando i creditori inscritti posteriormente alla trascrizione di proporre la domanda per l'incanto *nel termine e colle forme prescritte, il nuovo proprietario non è tenuto che al pagamento del prezzo, di conformità al prescritto dall'articolo* 2186 *del Codice Napoleone.* Dal quale articolo si deduce che anche i creditori inscritti posteriormente alla trascrizione devono domandare l'incanto entro il termine di 40 giorni dopo le notificazioni fatte dal nuovo proprietario ai creditori inscritti anteriormente alla trascrizione (1). E se in diversi giorni furono fatte le notificazioni ai creditori inscritti anteriormente alla trascrizione, il termine dei 40 giorni pei creditori inscritti posteriormente alla detta trascrizione correrà dalla prima notificazione. Infatti, quando vi è un solo creditore inscritto anteriormente alla trascrizione, i creditori inscritti posteriormente devono certamente chiedere l'incanto entro il termine di 40 giorni dalla notificazione fatta al detto unico creditore inscritto anteriormente alla trascrizione. Perchè dunque, se vi saranno più creditori inscritti prima della trascrizione, il termine dei 40 giorni non dovrà correre pei creditori inscritti posteriormente alla trascrizione subito dopo la prima notificazione? Perchè questi creditori avranno diritto di approfittare della circostanza accidentale che non uno, ma più sono i

(1) Troplong, art. 2185, n. 933. — Persil, art 2185, n. 9, 11.

creditori inscritti anteriormente alla trascrizione, e che in diversi giorni furono ad essi fatte le notificazioni (1)?

Che se non vi sarà nessun creditore inscritto anteriormente alla trascrizione del contratto, da qual giorno correrà il termine dei 40 giorni pei creditori inscritti posteriormente alla detta trascrizione? Pensa il Persil che in questo caso il termine correrà dal giorno in cui il Conservatore rilasciò il certificato delle ipoteche al terzo possessore, appunto perchè questi nello stesso giorno avrebbe potuto fare le notificazioni prescritte dagli articoli 2183 e 2184, quando vi fossero stati creditori inscritti anteriormente alla trascrizione (2). Il Duranton distingue il caso di una vendita da quello di una donazione. Quando si tratta di una vendita, allora mancando creditori inscritti anteriormente alla trascrizione, e non avendo perciò il terzo possessore alcun bisogno di fare le notificazioni volute dagli articoli 2183 e 2184, pensa il Duranton che il termine dei 40 giorni correrà dalla trascrizione del contratto pei creditori inscritti posteriormente alla stessa trascrizione. Ma se il titolo del nuovo proprietario sia una donazione, siccome da una parte la trascrizione dell' atto di donazione non può far conoscere ai creditori il valore del fondo, e dall' altra la dimanda dell' incanto deve avere per base o il prezzo stipulato nel contratto o il valore dichiarato dal nuovo proprietario; così in questo caso opina il Duranton che il donatario non possa approfittare della dispensa accordatagli dall' articolo 835 del Codice di Procedura, e che debba, se vuole purgare il fondo donato dai pesi ipotecari, fare ai creditori inscritti posteriormente alla trascrizione dell' atto di donazione le notificazioni prescritte dai citati articoli del Codice Civile, e che perciò il termine dei 40 giorni anche pei creditori inscritti posteriormente alla trascrizione dell' atto di donazione corra dal giorno delle notificazioni fatte agli stessi creditori (3). Io non divido la opinione del Persil, e neppure posso adottare la distinzione fatta dal Duranton tra il caso di una vendita e quello di una donazione. L' articolo 835 dichiara apertamente che mancando i creditori inscritti dopo la trascrizione di proporre la domanda per l' incanto *nel termine e colle forme prescritte*, il nuovo proprie-

(1) Duranton, tome XI, n. 394.
(2) Persil, art. 2185, n. 12.
(3) Duranton, tome XI, n. 374, 394.

tario non è tenuto che al pagamento del prezzo di conformità al prescritto dall' articolo 2186 del Codice Napoleone. Questo termine, a cui accenna il citato articolo 835 del Codice di Procedura, è quello dei 40 giorni assegnato dall' articolo 2185 del Codice Civile. E siccome questo termine giusta il citato articolo 2185 deve correre dal giorno delle notificazioni fatte ad istanza del nuovo proprietario; così apparisce evidentemente contraria alle parole e allo spirito della legge la opinione del Persil, che fa correre il termine nel caso di cui discorro dal giorno del rilasciato certificato delle ipoteche. Pecca dello stesso vizio la opinione del Duranton, che nel caso di vendita fa correre il termine dei 40 giorni dalla trascrizione del contratto. Il termine dei 40 giorni deve correre anche pei creditori inscritti posteriormente alla trascrizione dalle notificazioni fatte dal terzo possessore. Ciò risulta dalle combinate disposizioni degli articoli 2185 del Codice Civile e 835 del Codice di Procedura. Se ciò è vero, ne verrà la conseguenza che il terzo possessore, il quale vuole liberare la sua proprietà dai vincoli ipotecari, non potrà, nel caso che manchino creditori inscritti anteriormente alla trascrizione, approfittare della dispensa accordatagli dall' articolo 835 del Codice di Procedura, e ciò perchè allora non potrebbe mai correre pei creditori inscritti posteriormente alla detta trascrizione il termine dei 40 giorni per proporre la dimanda dell' incanto. D' altra parte non dice chiaramente l' articolo 2182 che la semplice trascrizione dei titoli translativi di dominio non libera l' immobile dai privilegi e dalle ipoteche sopra di esso esistenti? Le notificazioni volute dall' articolo 2183 non sono esse propriamente il mezzo, onde il terzo possessore purga il fondo dai carichi ipotecari? Se la trascrizione non basta a tale purgazione, e se le dette notificazioni sono a tal uopo indispensabili, è forza il dedurre che la disposizione dell' articolo 835 del Codice di Procedura può solo applicarsi al caso in cui esistano creditori inscritti anteriormente alla trascrizione. Imperocchè allora dalle notificazioni fatte a questi creditori potrà correre il termine dei 40 giorni anche pei creditori inscritti posteriormente alla trascrizione, senza bisogno che a questi ultimi sieno fatte le notificazioni comandate dai citati articoli 2183 e 2184 del Codice Civile. Ma quando nessun creditore fu inscritto anteriormente alla trascrizione, allora il terzo possessore non

potrà godere della dispensa concessagli dall' articolo 835 del Codice di Procedura, sì perchè mancherebbe il punto dal quale deve correre il termine dei 40 giorni pei creditori inscritti posteriormente alla trascrizione, sì perchè non potendo bastare alla purgazione dei fondi la semplice trascrizione del contratto, il terzo possessore sarebbe posto nella impossibilità di poter purgare il fondo dai privilegi e dalle ipoteche inscritte posteriormente alla trascrizione. O sia dunque un contratto di vendita il titolo del nuovo proprietario, o sia un atto di donazione, se mancheranno creditori inscritti anteriormente alla trascrizione, ad uno almeno dei creditori inscritti dopo la stessa trascrizione dovrà farsi la notificazione prescritta dagli articoli 2183 e 2184 del Codice Civile, affinchè da questa possa correre il termine dei 40 giorni per tutti i creditori inscritti posteriormente alla trascrizione per chiedere l' incanto (1).

1214. Il termine a chiedere l' incanto è, come si è detto, di 40 giorni, ma questo termine è più lungo pei creditori, il cui domicilio reale è distante dal domicilio eletto, perchè la legge aggiunge al termine di 40 giorni altri due giorni ogni cinque miriametri di distanza tra il domicilio eletto ed il domicilio reale di ciascun creditore istante. Suppongasi che la distanza tra il domicilio eletto, al quale furono fatte le notificazioni, e il domicilio reale del creditore, non sia di 5, ma di soli 3 miriametri. In questo caso avrà il creditore diritto che gli sia in proporzione prolungato il termine dei 40 giorni? Il Persil tiene che nel supposto caso il termine dei 40 giorni non deve essere prolungato (2). Il Troplong al contrario fa plauso ad un Decreto della Corte di Bordeaux del 27 novembre 1829, la quale giudicò doversi tener conto delle frazioni (3). Io preferisco la opinione del Persil. La legge aggiunge al termine di 40 giorni altri due giorni ogni 5 miriametri di distanza tra il domicilio eletto ed il domicilio reale. Perchè possa accordarsi un termine più lungo dei 40 giorni, è necessario che si verifichi la condizione voluta dal legislatore, che è la distanza dei 5 miriametri, e mancando questa, correrà il solo termine dei 40 giorni.

1215. La legge che accordò al terzo possessore il benefizio

(1) N. 1201, pag. 469.
(2) Persil, art. 2185, n. 10.
(3) Troplong, art. 2185, n. 933.

di poter liberare l'acquistata proprietà dai vincoli ipotecari, doveva aver riguardo all'interesse dello stesso terzo possessore, non che a quello dei creditori ipotecari aventi sul fondo un diritto reale anteriore all'alienazione. Tutelò e difese i diritti di questi ultimi, accordando loro la facoltà di chiedere l'incanto del fondo alienato, e coll'esercizio di una tale facoltà rimangono frustrate e deluse le frodi architettate in loro danno dal debitore, il quale abusando la libertà concessa a qualunque proprietario di disporre a suo talento della cosa propria, alienò i beni ipotecati per un prezzo vile e minore del giusto. Ma siccome l'incanto annulla il contratto liberamente stipulato tra il debitore proprietario e il nuovo acquirente, e spoglia quest' ultimo del dominio legittimamente acquistato; così temendo la legge il pericolo che l'incanto sia chiesto capricciosamente e senza l'aspettativa di un aumento di prezzo, protesse altresì e curò l'interesse dell'acquirente, prescrivendo che la istanza del creditore chiedente l'incanto, debba contenere l'oblazione dello stesso creditore di accrescere o di far accrescere il prezzo di un decimo sopra quello che fu stipulato nel contratto, o dichiarato dal nuovo proprietario, che fa il giudizio di purgazione. Per tal modo gli opposti interessi dei creditori e del terzo possessore furono conciliati e protetti. Ecco la seconda condizione, alla quale fu subordinata la dimanda dell'incanto. L'aumento del decimo deve essere fatto sull'intero prezzo stipulato nel contratto o dichiarato dal nuovo proprietario, ossia sopra il valore attribuito al fondo dalla convenzione conclusa tra l'alienante e l'alienatario, o dalla dichiarazione del solo alienatario, se nel contratto non fu determinato il valore del fondo alienato. E siccome anche i carichi che fanno parte del prezzo sono un elemento dello stesso prezzo; così anche sopra questi, a cui il terzo possessore deve dare un valore determinato, se non fu ai medesimi attribuito nel contratto di alienazione, dovrà estendersi l'aumento del decimo (1). Si è fatto il dubbio, se il detto aumento dovrà farsi altresì sopra l'ammontare delle spese del contratto, che sono per legge a carico dell'alienatario. Ma queste spese non formano propriamente parte del prezzo, come quelle che non tornano a profitto dell'alienante e non sono pagate in correspettivo della cosa alienata, ma sì bene oltre il prezzo della

(1) Troplong, art. 2185, n. 934, 935.

cosa stessa come un carico particolare dell' alienatario, al quale interessa che l' atto di alienazione che gli trasferì il dominio del fondo, risulti da un documento efficace in faccia ai terzi. E di ciò fa non dubbia prova l' articolo 2188, il quale dichiara che l' aggiudicatario è tenuto a restituire al terzo possessore, al di là del prezzo di aggiudicazione, le spese e i pagamenti legittimi fatti a causa del suo contratto, quelli della trascrizione sui registri del Conservatore, quelli della notificazione, e quelli fatti per ottenere la rivendita. Ma se il compratore avesse per patto assunto il pagamento di spese che per legge non sono a suo carico, queste allora essendo pagate a sgravio del venditore, sarebbero in realtà un carico formante parte del prezzo, ed anche sopra l'ammontare di queste spese dovrebbe farsi l'aumento del decimo (1). L' aumento però del decimo non dovrà estendersi agli interessi del prezzo, perchè tali interessi non sono parte del prezzo, come altra volta si è detto, e sono dovuti in compenso e in correspettivo non del valore del fondo, ma del godimento avutone dal terzo possessore, e su questo punto non posso essere d' accordo col Troplong, il quale pensa che il creditore debba fare la offerta di accrescere o di far accrescere di un decimo anche l'ammontare degli interessi dovuti sul prezzo dal terzo possessore (2), e m' attengo ad una Decisione della Corte di Rouen del 4 luglio 1828 disapprovata dal Troplong. Come la offerta del prezzo fatta nell' atto, col quale il terzo possessore notifica il suo contratto ai creditori inscritti, importa la obbligazione personale dello stesso terzo possessore di soddisfare gli stessi creditori sino alla concorrenza dell' offerto prezzo; così la oblazione fatta dal creditore, conformemente alla disposizione dell' articolo 2185, è la prima offerta colla quale si apre l' incanto, e produce a carico dello stesso creditore la obbligazione in faccia agli altri creditori inscritti di pagare la somma offerta. E da questa obbligazione rimane sciolto il creditore solo allora che una nuova offerta viene fatta nell' atto dell' incanto (3).

1216. La terza condizione richiesta per la validità ed efficacia della dimanda dell' incanto fatta dal creditore si è che questa sia notificata entro lo stesso termine dei 40 giorni al

(1) Duranton, tome XI, n. 396. — Troplong, art. 2185, n. 936.
(2) Troplong, art. 2185, n. 937.
(3) Troplong, art. 2185, n. 938.

precedente proprietario, debitor principale. Imperocchè coll' incanto rimanendo sciolto il contratto di acquisto stipulato dal terzo possessore che intraprese il giudizio di purgazione, e potendo accadere altresì che divenga aggiudicatario del fondo esposto all' incanto lo stesso terzo possessore, il quale in questo caso avrebbe il suo regresso contro l' alienante pel rimborso di ciò che eccede il prezzo stabilito nel contratto di alienazione, vuole giustizia che la dimanda dell' incanto sia notificata al precedente proprietario; affinchè possa questi evitare, se gli è possibile, l' apertura dell' incanto, e provvedere all' interesse proprio e dell' alienatario.

1217. Siccome la dimanda dell' incanto fatta dal creditore rende personalmente obbligato lo stesso creditore a pagare ai creditori inscritti il prezzo offerto dal terzo possessore ed il decimo al disopra di detto prezzo; così saviamente richiede la legge come quarta condizione necessaria alla efficacia di una tale dimanda che l' originale e le copie degli atti fatti dal creditore sieno sottoscritti dallo stesso creditore istante, o dal suo procuratore munito di un mandato speciale, e che quando la dimanda viene fatta da un procuratore, sia questi tenuto a dar copia della sua procura (1).

1218. Vana ed illusoria sarebbe la obbligazione assunta dal creditore che dimanda l' incanto se non fosse efficacemente garantita. Perciò la legge richiede saggiamente come ultima condizione che il creditore istante si offra a dar cauzione fino alla concorrenza del prezzo e dei carichi. Il vocabolo *cautio* nel Diritto Romano ha un senso amplo e generale, e significa *garanzia*, la quale poteva esser data o col giuramento, o con un pegno, o col mezzo di mallevadori. La garanzia data col mezzo di fideiussori era con vocabolo proprio chiamata *satisdatio* (2). Nel linguaggio giuridico francese il vocabolo *cautionnement* ha lo

(1) Troplong, art. 2185, n. 939, 939 bis.

(2) « Cautio sic alia dicitur nuda, quæ est promissio securitatis sine pignore aut fidejussore; cui si jusjurandum accedat, dicitur juratoria; alia idonea, quæ *satisdatio* vocatur: et fit vel pignoribus datis, vel fidejussoribus; frequentissime tamen ea, quæ fit datis fidejussoribus, in specie *satisdatio* appellatur; et quoties lex aut Prætor satisdationem desiderant, regulariter fidejussoribus datis cavendum est, quamquam nonnunquam et pignora admittuntur. » (Vinnii *Instit. Comment.*, lib. 4, tit. 11, pr.) — L. 1, pr. D. *Qui satisd. cogantur*.

stesso significato del latino *satisdatio*, esprime cioè la obbligazione di un mallevadore che si rende garante dell'altrui obbligazione, e ne fa fede il titolo — *Du cautionnement* — del Codice Francese, al quale nel testo italiano corrisponde il titolo — *Della fideiussione.* — Quando pertanto nell'articolo 2185 n.° 5° del Codice Francese è detto che il creditore si offra *de donner caution* fino alla concorrenza del prezzo e dei carichi, la legge accenna evidentemente ad una garanzia fideiussoria. La fideiussione deve essere offerta al nuovo e al precedente proprietario, come quelli a cui viene significata la richiesta dell'incanto fatta dal creditore, ma giova altresì alla massa di tutti i creditori inscritti, ai quali alla fin dei conti deve essere pagato il prezzo del fondo. Non basta che il creditore chiedente l'incanto si offra in genere e vagamente di dare un fideiussore; ma è necessario che indichi nominatamente la persona dello stesso fideiussore, perchè altrimenti il nuovo e l'antecedente proprietario non sono in grado di conoscere, se la offerta mallevadoria sia o no capace di garantire la obbligazione assunta da chi l'induce. Perciò l'articolo 832 del Codice di Procedura prescrive che la dimanda dell'incanto deve contenere sotto pena di nullità della stessa dimanda la offerta di cauzione con citazione a comparire entro 3 giorni davanti il medesimo Tribunale per l'accettazione della stessa cauzione (1). Si è fatto il dubbio, se collo stesso atto, col quale il creditore offre nominatamente il fideiussore, debba altresì produrre i documenti che ne giustificano la idoneità. Il Troplong appoggiandosi ad un Decreto della Corte di Cassazione del 31 maggio 1831 si contenta che i detti documenti sieno prodotti prima della sentenza che deve giudicare della idoneità dell'indotto mallevadore (2). Pare a me che il dubbio sia deciso dall'articolo 518 del Codice di Procedura, il quale dispone che « la cauzione si offerisce con atto noti- » ficato alla parte, se non ha patrocinatore, ed al patrocinatore, » se ne ha costituito; » e che « la notificazione deve contenere » la copia dell'atto di deposito fatto in cancelleria de' documenti » comprovanti la solvibilità della cauzione, salvo il caso in cui » la legge non prescrive che la solvibilità sia provata con docu- » menti. » Se la offerta della cauzione deve esser fatta giusta l'articolo 832 del lodato Codice di Procedura con citazione a com-

(1) Persil, art. 2185, n. 18, e 21.
(2) Troplong, art. 2185, n. 940, 940 ter.

parire entro 3 giorni per l' accettazione della stessa cauzione, a che servirebbe il detto termine, se l' offerente non avesse già prodotti i documenti atti a dimostrarne la idoneità? Io tengo perciò col Persil che la notificazione, onde il creditore offre la cauzione, debba contenere la copia dell' atto del deposito fatto in cancelleria dei documenti che ne provano la solvibilità (1). Se la cauzione è rigettata, la domanda e la maggiore oblazione sono dichiarate nulle, e l' acquirente è mantenuto nel suo possesso, a meno che non vi sieno state domande ed oblazioni per parte di altri creditori (2).

1219. Per Diritto Romano nei casi, in cui la satisdazione era necessaria, il Fisco n' era dispensato (3). L' articolo 2185 non fa alcuna eccezione in favore del Fisco, ma per una Legge dell' 11 febbraio 1827 (4) fu il Fisco dispensato dall' obbligo della cauzione. Tranne però il Fisco in forza della citata Legge, nessun altro creditore può sottrarsi all' obbligo della cauzione, quand' anche possedesse notoriamente infinite ricchezze, ed è qui applicabile la massima generale stabilita dalla L. 1, § 1, D. *Ut legatorum:* « Semper autem satisdare cogitur, cujuscumque sit » dignitatis vel facultatum quarumcumque heres. »

1220. In luogo della satisdazione per Diritto Romano era anche ammesso il pegno, quando chi doveva indurre il fideiussore non poteva ritrovarne alcuno (5). Ora, se il creditore che dimanda l' incanto, in luogo di un idoneo mallevadore, offrirà un pegno, sarà valida la dimanda? Mi pare non potersi rigettare la offerta del creditore in forza della disposizione dell' articolo 2041, il quale dichiara che quegli che non può trovare una sicurtà, viene ammesso a dare invece un pegno sufficiente ad assicurare il credito. Ma non credo che il creditore possa esimersi dall' obbligo della cauzione dando una ipoteca su beni immobili. È veris-

(1 Persil, art. 2185, n. 24.

(2) Cod. di Proc. art. 833.

(3) L. 1, § 18, D. *Ut legatorum.* — L. 3, § 5, D. *Si cui plus.* — L. 2, § 1, D. *De fundo dotali.*

(4) Troplong, art. 2185. n. 910 bis

(5) « Quod si fidejussorem invenire nequeat, ad cautionem pigneratitiam arbitrio Judicis sufficientem videtur admittendus esse, arg. L. 1, § 9, D. *De collatione*, facta videlicet auri vel argenti vel pecuniæ aliarumve rerum depositione in vicem satisdationis. » (Voet, lib. 2, tit. 8, n. 7.) — Vinnii *Comment. Instit.* lib. 4, tit. 11, pr.

simo che la ipoteca può garantire efficacemente una obbligazione; ma è vero altresì che il risultato di questa garanzia è la procedura lunga e dispendiosa del giudizio di espropriazione. Colla quale non verrebbe soddisfatto il voto del legislatore nel caso, di cui si discorre, nel quale la più grande celerità è necessaria per l' interesse dei due proprietari e della massa dei creditori inscritti sul fondo da purgarsi (1).

1221. Se la cauzione sarà dichiarata insufficiente, potrà il creditore offrirne un' altra? Penso doversi fare la seguente distinzione. O è scorso il termine dei 40 giorni, entro il quale il creditore deve chiedere l' incanto offrendo la cauzione prescritta dall' articolo 2185, e in tal caso essendo stata rigettata la prima offerta cauzione, non può essere ammesso ad offrirne una seconda. Imperocchè, quando la cauzione è rigettata, la dimanda e la maggiore oblazione sono dichiarate nulle e si hanno per non fatte, e sarebbe illusorio il termine dei 40 giorni, quando il creditore fosse in diritto di offrire una seconda cauzione. O al contrario, quando viene rigettata la offerta cauzione, non è scaduto ancora l'anzidetto termine dei 40 giorni, e allora nulla può ostare alla offerta di una seconda idonea cauzione, perchè avendosi per non fatta la prima dimanda, il creditore non può non avere il diritto di farne una nuova sino all' ultimo giorno del termine dei 40 giorni. E se il mallevadore sarà idoneo all' atto della offerta, ma diverrà insolvibile prima del decreto di accettazione, o morirà, non puossi negare al creditore il diritto di presentarne un nuovo. Imperocchè ripugna alla equità che il creditore, il quale in tempo debito ha per parte sua soddisfatto a tutte le obbligazioni impostegli dall' articolo 2185, debba perdere per circostanze accidentali a lui non imputabili il benefizio dell' incanto. Che avverrà nel caso inverso, quando cioè il mallevadore non idoneo all' atto della offerta lo diventerà prima del decreto di accettazione? Sarà valida in questo caso la offerta del creditore? È fuori di dubbio che il creditore deve dal canto suo adempiere rigorosamente tutte le condizioni volute dall' articolo 2185 sotto pena di nullità. Ora è certo che il debitore obbligato a dare sicurtà, deve presentare persona capace di contrattare che possieda beni sufficienti per garantire l' oggetto della obbligazione, e che sia domiciliata nella giurisdizione del Tribunale d' Appello in cui deve prestarsi la

(1) Troplong, art. 2185, n. 941. — Persil, art. 2185, n. 22.

sicurtà (1). Se il debitore tenuto a dar cauzione offre una persona che non riunisca le dette qualità, non soddisfa certamente all' obbligo che gli corre, e la sua offerta deve perciò aversi per non fatta, quand' anche la sicurtà offerta possa divenire idonea e capace prima del decreto di accettazione. Se però nel momento in cui l' offerto mallevadore che era incapace, diventa idoneo, non è scaduto il termine dei 40 giorni assegnato dalla legge al creditore per chiedere l' incanto, in questo caso la idoneità sopraggiunta al mallevadore gioverà al creditore, essendo questi ancora in tempo ad offrire un idoneo mallevadore (2).

1222. Qualora una persona venga obbligata dalla legge o dal Giudice a dare una sicurtà, il mallevadore offerto deve adempire alle condizioni prescritte negli articoli 2018 e 2019. Dovrà dunque soddisfare rigorosamente a queste condizioni il fideiussore offerto dal creditore che dimanda l' incanto, perchè l' obbligo di dare la sicurtà è allo stesso creditore imposto dalla legge colla disposizione dell' articolo 2185. Ma sebbene la sicurtà debba offrirsi dal creditore in giudizio, non acquista però il carattere di sicurtà giudiziaria, perchè l' obbligo di darla deriva dalla legge e non dal Giudice. Non sarà dunque necessario che il mallevadore sia tale da potersi personalmente arrestare, perchè una tale condizione deve verificarsi solo nel caso di una sicurtà giudiziaria (3).

1223. Si è fatto il dubbio, se la cauzione offerta dal creditore debba garantire l' intero prezzo accresciuto del decimo, oppure soltanto il prezzo ed i carichi formanti parte del prezzo. Il Troplong pensa che la cauzione deve assicurare tutta la somma offerta dal creditore chiedente l' incanto (4). Io applaudirei di buon grado alla ragionevolissima opinione del Troplong che è anche quella dello Zachariæ (5); ma credo che una tale opinione trovi un ostacolo insuperabile nelle chiare parole dell' articolo 2185 che restringono la risponsabilità della cauzione entro i limiti del prezzo e dei carichi che ne formano parte.

1224. La offerta del creditore è obbligatoria sin dal primo

(1) Art. 2018.
(2) Troplong, art. 2185, n. 942, 943, 945.
(3) Art. 2040. — Troplong, art. 2185, n. 946.
(4) Troplong, art. 2185, n. 947.
(5) Zachariæ, § 294, n. 2.

momento, e la conseguenza di una tale obbligazione si è che non presentandosi all'incanto un maggiore offerente, il creditore diviene irrevocabilmente proprietario del fondo, e che allora solo resta sciolto dall'obbligo assunto, quando la fatta offerta viene superata da un secondo oblatore (1). E appunto perchè la offerta del creditore è obbligatoria, rimane con questa svincolato il proprietario che fece ai creditori le notificazioni prescritte dall'articolo 2185. Ma nasce il dubbio, se la proprietà si acquisti al creditore sin dal giorno in cui fece la dimanda dell'incanto colla offerta del prezzo accresciuto del decimo, o pure soltanto dal giorno in cui la sua obbligazione divenne irrevocabile per mancanza di nuovi oblatori nell'atto dell'incanto. Questa questione è importantissima, come quella, dalla quale dipende la decisione del punto, se i casi fortuiti che recano pregiudizio al fondo o lo distruggono, stieno a carico del terzo possessore che fece le notificazioni volute dall'articolo 2183, oppure del creditore che chiese l'incanto nell'intervallo corso tra la dimanda dell'incanto, e il giorno in cui il creditore, la cui offerta non fu aumentata, restò proprietario irrevocabile del fondo. È certo che la offerta fatta dal creditore tiene luogo della prima oblazione fatta all'incanto giudiziale che viene aperto sull'appoggio della stessa offerta (2). Ora insegna il Pothier che la offerta fatta all'incanto da un oblatore non è altro in sostanza che una promessa di comprare la cosa posta all'incanto; e che perciò i casi fortuiti non devono stare a carico dell'oblatore, il quale diviene proprietario solo dal giorno, in cui l'incanto è chiuso e la sua offerta definitivamente accettata (3). Appoggiato all'autorità del Pothier opina il Troplong nel caso di cui parlo che i casi fortuiti non devono essere messi a carico del creditore che fece la offerta, ma del proprietario che intraprese il giudizio di purgazione (4). Questa opinione si accorda colla dottrina del Voet, il quale insegna che durante l'incanto la cosa non perisce all'oblatore, il quale ne acquista la proprietà solo dal giorno in cui la sua offerta non può più essere superata (5). Ma nel caso di cui si tratta, la offerta del creditore è propriamente una semplice pro-

(1) Troplong, art. 2185, n. 948.
(2) *Cod. di Proc.*, art. 838.
(3) Pothier, *Du contrat de vente,* n. 490, 494.
(4) Troplong, art. 2185, n. 949.
(5) Voet, lib. 18, tit. 6, n. 7.

messa di comprare, o non è piuttosto una vera compra risolubile nel caso di una maggiore offerta? Il Pothier appunto mette a carico del proprietario primo i casi fortuiti sopravvenuti alla cosa esposta all' incanto, anzi che dell'oblatore, perchè, sebbene questi abbia promesso di comprare, il proprietario non è tenuto a vendere (1). Io dimando al Troplong: dopo la offerta del creditore che chiede l' incanto, il terzo possessore che intraprese il giudizio di purgazione, è libero di non cedere la cosa allo stesso creditore? È libero questi di non prenderla? Non ammette il Troplong che il creditore colla fatta dimanda rimane vincolato dalla obbligazione inevitabile di pagare la somma offerta e di accettare per sua la cosa, e che da questa obbligazione rimane sciolto solo allora che la sua offerta viene superata da una maggiore (2)? Non ammette lo stesso Troplong che l'acquirente resta svincolato dall' obbligo di pagare ai creditori inscritti il prezzo offerto colle fatte notificazioni per ciò solo che un creditore dimanda l' incanto(3)? E la richiesta dell' incanto liberar non potrebbe il terzo possessore dai contratti obblighi, se non avvenisse la risoluzione del titolo che gli trasferì la proprietà dell' immobile. Imperocchè ripugna che il terzo possessore conservi la proprietà dell' immobile nel momento che resta sciolto dagli obblighi che erano una condizione del suo acquisto. I casi fortuiti non possono dunque stare a carico dell' acquirente, la cui proprietà si risolve il giorno stesso in cui uno dei creditori dimanda che il fondo sia posto all' incanto. E siccome la offerta del creditore è obbligatoria e riman tale sino che sia vinta da una maggiore, così è forza il tenere che la proprietà dell' immobile passò nel creditore che fece la offerta. E come la obbligazione del creditore si scioglie, se la sua offerta viene superata, così pure, verificandosi questo caso, si risolverà il dominio da lui acquistato il dì della fatta offerta. Posto per-

(1) « La chose n'a point cessé d'être à mes risques, parce que, quoique vous fussiez obligé de l'acheter, j'étais le maître de ne la pas vendre, et je n'en étais pas débiteur envers vous. » (Pothier, *Du contrat de vente*, n. 494.)

(2) « La soumission est un véritable engagement que contracte le créancier poursuivant. C'est, dit M. Grenier, une promesse judiciairement faite, qui emporte l'obligation de la part de l'enchérisseur de prendre l'immeuble pour le prix qu'il offre. » (Troplong, art. 2185, n. 938.)

(3) « Je dis que la réquisition et la soumission délient l'acquéreur. » (Troplong, art. 2185, n. 948.)

tanto che il creditore diviene proprietario del fondo il dì stesso della fatta offerta, i casi fortuiti devono essere messi a suo carico nel modo stesso che stanno a carico del compratore quando il patto dell'addizione *in diem* viene concepito come condizione risolutiva (1).

1225. L'articolo 2185 non si limita a determinare imperativamente le condizioni, a cui deve adempiere il creditore che chiede l'incanto, ma apertamente dichiara che la omissione di alcuna produrrà nullità. E di tale nullità la conseguenza si è che il terzo possessore è mantenuto nel possesso del fondo e ne rimane proprietario, a meno che non vi sieno state entro il debito tempo domande ed oblazioni per parte di altri creditori (2).

1226. Si è detto più sopra che la dimanda dell'incanto fatta dal creditore importa a carico di lui la obbligazione personale di pagare il prezzo offerto, se questo non viene superato nel momento dell'incanto. Da ciò segue che una tale dimanda potrà farsi dal solo creditore che ha la capacità di obbligarsi, e che non sarà valida ed attendibile, se il creditore, a cui manca la detta capacità, non sarà debitamente assistito da chi deve convalidare colla sua approvazione gli atti delle persone tutelate dalla legge. Qui nasce una importantissima questione. Se un minore o una donna, facendo uso del diritto accordato a qualunque creditore inscritto dall'articolo 2185, chiederanno l'incanto senza essere autorizzati dal tutore o dal marito, la offerta di una idonea e solvibile cauzione basterà a garantire l'interesse del debitore alienante, del nuovo proprietario, e della massa dei creditori ipotecari, non ostante la inefficacia della obbligazione contratta dalla donna o dal minore? Il Tarrible decide in termini assoluti che la dimanda dell'incanto deve essere fatta da persona capace di obbligarsi, o debitamente assistita, se il creditore che ne lo chiede è un minore o una donna (3). Il Grenier fa gran differenza tra le notifica-

(1) « Ubi igitur pura venditio est, Julianus scribit, hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse, et fructus et accessiones lucrari, et periculum ad eum pertinere, si res interierit. Quoniam post interitum rei jam nec adferri possit melior conditio. » (L. 2, § 1, e L. 3, D. *De in diem addictione.*)

(2) Troplong, art. 2185, n. 950.

(3) *Rép. de Jurisp., Transcription,* § 5, n. 5.

zioni che si fanno dal terzo possessore che fa il giudizio di purgazione e la dimanda dell' incanto. Siccome in quest' ultimo caso il creditore deve offrire una idonea cauzione; così pensa il Grenier che la obbligazione anche inefficace del minore o della donna rimane assicurata dalla offerta cauzione, e che per conseguenza non è necessario come nel primo caso che la offerta della donna o del minore sia fatta colle legali autorizzazioni (1). Il Troplong ammette che i creditori ipotecari non hanno interesse e per conseguenza nessun diritto ad opporre la nullità della offerta fatta da un minore o da una donna non assistiti debitamente, supplendo la cauzione alla inefficacia della obbligazione derivante dalla offerta; ma sostiene che il terzo possessore ha tutto il diritto di respingere come nulla la dimanda di un incapace, mirando questa a spogliarlo dell' acquistato dominio (2). Io osservo che la legge sottopone il creditore, che colla dimanda dell' incanto vuol rendere irrito l' atto di alienazione del fondo ipotecato, a rigorose condizioni, e tutte sotto pena di nullità. Le due principali sono: l' una, che il creditore faccia la oblazione di accrescere o di far accrescere il prezzo di un decimo al disopra di quello che fu stipulato nel contratto, o dichiarato dal nuovo proprietario: l' altra, che si offra a dar cauzione fino alla concorrenza del prezzo e dei carichi. Sarebbe inutile la prima condizione, quando la oblazione non importasse una vera obbligazione per parte del creditore, e tutti perciò gl' Interpreti convengono che colla detta oblazione il creditore rimane personalmente obligato. È dunque certo che la legge vuole che il creditore colla dimanda dell' incanto contragga la obbligazione di pagare il prezzo col prescritto aumento, e che una tale obbligazione sia assicurata con una cauzione. Se la dimanda dell' incanto viene fatta da un minore o da una donna senza le necessarie autorizzazioni, la donna o il minore non possono rimanere obbligati. E mancando una tale obbligazione che è rigorosamente voluta dal legislatore, vien meno la principal condizione richiesta alla validità della dimanda dell' incanto. È vano l' obbiettare che colla cauzione idonea resta garantito il diritto di tutti gl' interessati, e che può prestarsi la fideiussione per una obbligazione la quale può essere annullata in forza di una ec-

(1) Grenier, tome II, n. 459.
(2) Troplong, art. 2185, n. 951, 955.

cezione meramente personale all' obbligato. Non è qui il caso di discutere, se sia valida o nulla la cauzione prestata per una obbligazione nullamente contratta da un minore o da una donna. Sia pur valida la cauzione offerta dalla donna o dal minore chiedenti l' incanto senza le prescritte solennità ed autorizzazioni; qui non istà il nodo della difficoltà. È vero o no che la obbligazione contratta da un incapace senza le debite autorizzazioni è nulla ed inefficace? E se è inefficace in faccia alla legge la obbligazione del minore o della donna che chiedono l' incanto senza l' approvazione del tutore o del marito, la dimanda dell' incanto non può non esser nulla ed inattendibile, in quanto che manca la principal condizione a cui è subordinata dall' articolo 2185 la stessa dimanda.

1227. Si fa anche il dubbio, se l' autorizzazione posteriore data dal tutore o dal marito alla dimanda dell' incanto fatta nullamente dal minore o dalla donna, possa renderla efficace. Questo dubbio deve sciogliersi colla seguente distinzione. O l' autorizzazione viene data entro il termine dei 40 giorni, e in tal caso varrà a sanare il difetto della dimanda, essendo ancora in tempo il minore o la donna a presentare la dimanda dell' incanto. O è data dopo il detto termine, e allora essendo prescritto il diritto di chiedere l' incanto, non potrà la nullità della dimanda essere sanata dalla serotina autorizzazione; perchè essendo nulla la dimanda, e avendosi perciò per non fatta, non può più essere ammesso il creditore a farne una nuova, passato il termine perentorio dei 40 giorni (1).

1228. Dopo che il creditore ha fatto entro il termine assegnato la sua dimanda, potrà il terzo possessore impedire l'incanto depositando le somme dovute ai creditori inscritti? L' incanto non ha altro scopo che di assicurare ai creditori il pagamento dei loro crediti. Quando questo scopo è ottenuto, come nel caso proposto, i creditori non hanno più interesse all' incanto, e non può quindi essere impedito al terzo possessore di mantenersi nel possesso dell' acquistato fondo. Se anche dopo il rilascio del fondo, il terzo possessore può riprenderlo, finchè non è seguita l'aggiudicazione, pagando l' intero debito e le spese; per la stessa ragione potrà impedire l' incanto chiesto da un qualche creditore,

(1) Troplong, art. 2185, n. 954.

offrendo l' intero pagamento dei crediti inscritti. Questa opinione trova altresì un appoggio nella disposizione dell' articolo 693 del Codice di Procedura, il quale accorda efficacia all' alienazione dei fondi pignorati fatta dal debitore, se prima dell' aggiudicazione l' acquirente fa il deposito di una somma sufficiente per soddisfare i crediti inscritti. L' articolo 692 del lodato Codice dichiara nulla l' alienazione fatta dal debitore degli stabili pignorati dopo la denunzia fattagli del pignoramento. Eppure il legislatore dà forza all' alienazione nel caso contemplato nel citato articolo 693, appunto perchè lo scopo del pignoramento è ottenuto col deposito fatto dall' acquirente. Per la stessa ragione deve tenersi che il terzo possessore può impedire l' incanto chiesto da uno o più creditori, depositando le somme dovute a tutti i creditori inscritti. Dico—*depositando le somme dovute a tutti i creditori inscritti,* — perchè una semplice offerta non accompagnata dal fatto deposito non farebbe sicuro l' interesse dei creditori, potendo il terzo possessore fallire alla fatta promessa: e d' altra parte la dimanda dell'incanto fatta da un creditore giova alla massa dei creditori ipotecari, i quali perciò acquistano il diritto di giovarsi del beneficio dell' incanto. Non può perciò bastare il semplice deposito della somma corrispondente al credito del solo creditore che chiese l' incanto, ma dovrà il terzo possessore depositare la intera somma dovuta a tutti gl' inscritti creditori (1).

Articolo 2186.

Omettendo i creditori di domandare l' incanto nel termine e nelle forme prescritte, il valore dell' immobile resta definitivamente stabilito nel prezzo stipulato nel contratto, o dichiarato dal nuovo proprietario, il quale o pagando il detto prezzo ai creditori che saranno nel grado d' essere soddis-

(1) Art. 2190. — Grenier, tome II. n. 466. — Troplong, art. 2185, n. 956: art. 2190, n. 966.

fatti, o facendone deposito, resta liberato, in conseguenza, da ogni privilegio o ipoteca.

SOMMARIO.

1229. Se i creditori non chiedono l'incanto nel termine dei 40 giorni, o è dichiarata nulla la loro dimanda, quali conseguenze ne derivano?

1230. Non ostante l'accettazione del prezzo offerto dal terzo possessore colle sue notificazioni, restano salve ai creditori che non possono avere utile grado nel giudizio d'ordine tutte le altre azioni indipendenti dalla ipotecaria, colle quali o in nome proprio o del debitore possono impugnare, o per titolo di lesione o per dolo, l'alienazione del fondo purgato dai vincoli ipotecari colle formalità del capo VIII. Se l'azione intentata dopo il giudizio di purgazione dai creditori ipotecari che non ebbero un grado utile nel giudizio d'ordine, colla quale o per titolo di lesione o di dolo fu impugnato il contratto di alienazione, darà un buon risultato, e il compratore sarà condannato a pagare un supplimento di prezzo, a chi dovrà questo essere distribuito?

1231. La purgazione del fondo dalle ipoteche inscritte rimane effettuata col pagamento agli stessi creditori o col deposito del prezzo offerto dall'acquirente ed accettato dagl'inscritti creditori, che non chiesero l'incanto del fondo entro il termine legale. La scelta del detto pagamento o del deposito è lasciata dalla legge all'acquirente. Per fare validamente il deposito dell'offerto prezzo il terzo possessore non è tenuto ad uniformarsi alle rigorose disposizioni degli articoli 1257, 1258 e 1259 del Codice Civile. Nessun creditore, qualunque sia il titolo del suo credito, può fare ostacolo al diritto che ha il terzo possessore di fare il deposito del prezzo offerto. I creditori a tempo, i creditori condizionali hanno diritto di essere soddisfatti col prezzo del fondo purgato? Se e come dovranno pagarsi i creditori di una rendita perpetua o vitalizia?

1232. Se un creditore condizionale avrà ipoteca sopra tre o quattro fondi, e fattosi il giudizio di purgazione sopra uno dei fondi gravati avrà ottenuto utile grado, e i creditori posteriormente graduati gli avranno data una idonea cauzione a garanzia del suo

credito, potrà domandar grado altresì nei giudizi di purgazione o di espropriazione che si apriranno sugli altri fondi vincolati a suo favore?

1229. Se i creditori non chiedono l'incanto nel termine dei 40 giorni o è dichiarata nulla la loro dimanda, importanti sono le conseguenze che ne derivano. Primieramente il terzo possessore resta personalmente obbligato al pagamento del prezzo offerto, e così i creditori inscritti, oltre il diritto d'ipoteca radicato sul fondo, hanno l'azione personale contro il terzo possessore che fece le notificazioni prescritte dall'articolo 2183, per obbligarlo al pagamento o al deposito dell'offerto prezzo (1). In secondo luogo il terzo possessore diviene proprietario incommutabile del fondo acquistato (2). In terzo luogo il valore del fondo resta inalterabilmente determinato nel prezzo stipulato nel contratto, o dichiarato colle notificazioni dall'acquirente. In quarto ed ultimo luogo col pagamento ai creditori inscritti o col deposito dello stesso prezzo il fondo rimane purgato da tutte le ipoteche inscritte a carico degli antecedenti proprietari.

1230. Omettendo i creditori di chiedere l'incanto nel termine legale, accettano tacitamente la offerta del prezzo fatta dal terzo possessore. Questa tacita accettazione del prezzo priverà i creditori ipotecari del diritto d'intentare o l'azione di lesione o quella di simulazione, onde è infetto il contratto, nel quale fu maliziosamente indicato un prezzo minore del convenuto per frodare i legittimi creditori? È certo che i creditori possono esercitare tutti i diritti ed azioni del loro debitore, eccettuate quelle che sono esclusivamente personali. È pur certo che possono pure in loro proprio nome impugnare gli atti fatti dal loro debitore in frode delle loro ragioni (3). Perderanno i creditori ipotecari che non chiesero l'incanto il diritto di far uso o in nome del loro debitore o in testa propria di quelle azioni, onde possono attaccarsi i contratti di alienazione? Il proprietario che vende il fondo proprio per un prezzo minore del giusto, non ostante l'assenso dato alla vendita e al prezzo convenuto, può senza alcun dubbio intentare l'azione di lesione contro l'acqui-

(1) N. 1211, pag. 500.
(2) Persil, art. 2186, n. 1.
(3) Art. 1166, art. 1167.

rente. E se la convenzione espressa non è di ostacolo pel venditore all' esercizio dell' azione di lesione, lo sarà pei creditori suoi la tacita accettazione che essi fanno dell' offerto prezzo, astenendosi dal chiedere l' incanto entro il termine legale? Molto meno saranno impediti i creditori dall' impugnare in testa propria gli atti di alienazione fatti in loro frode dal debitore. Non bisogna confondere l' esercizio dell' azione ipotecaria derivante dal gius d' ipoteca colle altre azioni che la veste di creditore attribuisce allo stesso creditore per impugnare gli atti di alienazione del debitore. L' accettazione del prezzo offerto ai creditori dall'acquirente colle fatte notificazioni non può far perdere ai creditori che il diritto di chiedere l' incanto. Questa è l'unica conseguenza, questa l' unica pena in cui possono incorrere. Il giudizio di purgazione non ha altro scopo che di spegnere le ipoteche gravitanti sul fondo e le azioni ipotecarie dalle medesime derivanti. Qualunque altra azione diversa dalla ipotecaria, che per qualsiasi titolo compete al creditore o in testa propria o in nome del debitore, non può rimanere perenta colle formalità del giudizio di purgazione, come quello che le sole azioni ipotecarie colpisce ed estingue. È sì vero che le azioni, cui i creditori o in testa propria o in nome del debitore possono esercitare per impugnare le alienazioni fatte dal debitore in loro pregiudizio o in loro frode, sono indipendenti dall' azione ipotecaria, che le medesime possono promuoversi non solo dai creditori ipotecari, ma altresì dai chirografari (1). Tengasi dunque che, sebbene l' accettazione del prezzo offerto dal terzo possessore colle notificazioni ai creditori inscritti produca la purgazione del fondo dai vincoli ipotecari, restano salve ai creditori che non possono avere utile grado nel giudizio d' ordine tutte le altre azioni indipendenti dalla ipotecaria, colle quali, o in nome del debitore o proprio, possono impugnare o per titolo di lesione o per dolo l'atto di alienazione, onde il loro debitore trasferì nel terzo possessore il fondo che venne purgato colle formalità prescritte dall' articolo 2183. Imperocchè anche estinta la ipoteca, non cessano di essere creditori personali, e le dette azioni, come si è

(1) « Competit hæc actio (Pauliana) creditoribus, in quorum præjudicium res fraudulenter alienatæ sunt, aut curatori bonis dato. . . . Nec interest, utrum hypothecarii fuerint, an chirographarii. » (Voet, lib. 42, tit. 8, n. 3.)

detto, possono esercitarsi tanto dai creditori ipotecari quanto dai chirografari.

Suppongasi che l'azione intentata dopo il giudizio di purgazione dai creditori ipotecari che non ebbero un grado utile nel giudizio d'ordine, colla quale o per titolo di lesione o di dolo fu impugnato il contratto di alienazione, dia un buon risultato, e il compratore sia condannato a pagare un supplimento di prezzo. A chi e come dovrà farsene la distribuzione? Il Troplong ammette che il giudizio di purgazione estinse le ipoteche dei creditori inscritti, e nega perciò a questi l'azione ipotecaria contro l'acquirente o i successivi possessori del fondo purgato; ma sostiene che ciò non ostante il supplimento di prezzo da pagarsi dall'acquirente che fece il giudizio di purgazione, in conseguenza dell'azione, onde il contratto di alienazione fu impugnato per titolo di simulazione di prezzo, o di lesione, spetta esclusivamente ai creditori ipotecari a preferenza dei chirografari. Io non posso soscrivermi a questa opinione. Dopo il giudizio di purgazione la ipoteca è o no estinta? Se non è spenta, il Troplong ha ragione. Ma egli stesso m'insegna che la ipoteca restò estinta, e per questo nega l'azione ipotecaria ai creditori inscritti che non ebbero un grado utile nel giudizio d'ordine. Ora come può stare che la ipoteca sia spenta, e che i creditori inscritti non possano più esercitare l'azione ipotecaria, e che ciò nonpertanto sul supplimento di prezzo da pagarsi per l'anzidetto titolo dall'acquirente che fece il giudizio di purgazione, possano avere un diritto di preferenza sopra i creditori chirografari? Il diritto di preferenza non può nascere che da una ipoteca o da un privilegio: se la ipoteca o il privilegio rimasero estinti col giudizio di purgazione, il diritto alla prelazione cade e svanisce. Dice il Troplong che la ipoteca sopravvive in qualche modo a sè stessa ed ha perciò diritto a quella preferenza che le è propria (1). Ma se sopravvive, non è estinta; e se è spenta, manca al creditore il titolo alla preferenza. A dir vero mi è inconcepibile lo spettacolo di una ipoteca morta che sopravvive a sè stessa. Dopo il giudizio di purgazione la ipoteca per confessione del Troplong fugge

(1) « L'hypothèque se survit en quelque sorte à elle-même pour les faire maintenir dans la préférence qui leur est due. » (Troplong, art. 2186, n. 957 bis, 958.)

dal fondo (1). E siccome la ipoteca è un diritto reale che per vivere deve essere radicato sopra un fondo, io dimando al Troplong: dove poggia la ipoteca che sopravvive? Sul fondo no, perchè è rimasto purgato e libero, e ciò egli stesso ammette. Dove dunque s' adagia questa ipoteca, che abbandonò il fondo? La ipoteca è certamente un diritto incorporale, ma è uno di quei diritti incorporali che ha bisogno di riposare sulla materia, senza la quale non può avere un' ora di esistenza, e perciò appunto si chiama un diritto *reale*, in quanto che ha bisogno dell' appoggio di una cosa corporea e materiale che lo sostenga. Forse la ipoteca già morta sul fondo sopravvive sul supplimento del prezzo che deve essere pagato dall' acquirente? Ma il prezzo come cosa mobile non può aver forza di sostener l' onere reale di una ipoteca, del cui peso è soltanto capace un bene immobile. La ipoteca allora solo può sopravvivere sul prezzo, quando questo è sostituito all' immobile già purgato. Ora il prezzo dell' immobile purgato è quello solo che fu offerto dall' acquirente ed accettato dai creditori che non chiesero l' incanto, come confessa lo stesso Troplong (2). Il supplimento dovuto dall' acquirente in conseguenza dell' azione esercitata dai creditori coll' appoggio degli articoli 1166 e 1167 non è una parte del prezzo dell' immobile purgato, ma è un di più ottenuto con rimedi diversi dal giudizio di purgazione, è una cosa mobile, che non è figlia del giudizio di purgazione, è il prodotto di quelle azioni che possono esercitarsi, come confessa anche il Troplong (3), tanto dai creditori ipotecari, quanto dai chirografari. Ma dice il Troplong che il prezzo dei beni immobili venduti è di sua na-

(1) « D'après l'art. 2186, le défaut de surenchère libère l'immeuble, les hypothèques sont éteintes, on procède à l'ordre, et en même temps les inscriptions sont radiées. » (Troplong, art. 2186, n. 957 bis.)

(2) « L' art. 2186 n'a entendu parler que du prix ostensible qui figure dans le contrat, du prix notifié conformément à l' art. 2183 et dont les créanciers se sont contentés. » (Troplong, art. 2186, n. 957 bis.)

(3) « Les hypothèques sont effacées. Les créanciers ne peuvent trouver en elles aucun prétexte pour inquiéter des tiers détenteurs de bonne foi. Sans doute ils sont fondés à attaquer la vente pour cause de fraude ou de lésion. Mais c'est là une faculté qui est complétement en dehors du régime hypothécaire. Elle repose tout entière sur les art. 1166 et 1167 du Code Civil, et elle est commune aux chirographaires et aux hypothécaires. » (Troplong, art. 2186, n. 957 bis.)

tura destinato al pagamento dei creditori ipotecari; che i chirografari hanno solo diritto alla parte di prezzo dei beni venduti che rimane soddisfatti i creditori tutti ipotecari; che il venditore perciò colla sua alienazione soggetta all'azione di dolo o di lesione non pregiudicò ai diritti dei creditori chirografari, ma degl'ipotecari; e che questi soli debbono godere il risultato delle azioni promosse coll'appoggio dei citati articoli 1166 e 1167 (1). Il ragionamento del Troplong sente di sofisma. Il prezzo dei beni immobili venduti dal debitore è certamente dovuto ai creditori ipotecari preferibilmente alla massa dei creditori chirografari; ma donde deriva un tal diritto di preferenza? Dalla ipoteca. Perchè dunque i creditori ipotecari possano godere del diritto di prelazione che loro compete sopra la massa dei creditori chirografari è necessario che abbiano una valida ipoteca debitamente inscritta. Ora dopo il giudizio di purgazione non rimase estinta la ipoteca per confessione dello stesso Troplong? Come dunque i creditori ipotecari, la cui ipoteca restò spenta col giudizio di purgazione, potranno vantare un diritto di preferenza alla massa dei creditori chirografari? Venuta meno la ipoteca che era un giusto titolo di prelazione, i creditori ipotecari si confondono nella massa dei creditori chirografari, e hanno i soli diritti a questi competenti. Il diritto di preferenza non può mai esercitarsi senza il diritto d'ipoteca che ne è la base e la radice. Ammettendo dunque il Troplong la estinzione della ipoteca, confessar deve che nessun diritto di preferenza vantar possono i creditori già ipotecari sul supplimento di prezzo da pagarsi dall'acquirente, come una conseguenza delle azioni contro di lui intentate dipendentemente dai citati articoli 1166 e 1167. Si finga il seguente caso. Tizio vende a Caio il fondo A ipotecato a garanzia di Pietro per lo prezzo di lire diecimila, che è appunto l'ammontare del credito inscritto di Pietro. Dopo la vendita Pietro non rinnova in tempo debito la sua inscrizione, e Caio compratore fa il giudizio di purgazione. Il prezzo dovrà darsi a Pietro a preferenza dei creditori chirografari del venditore Tizio? No certamente. Eppure il prezzo del fondo nel momento della vendita era destinato al pagamento di Pietro preferibilmente alla massa dei creditori chirografari. Perchè non potrà Pietro vantare una tale preferenza nel giudizio d'ordine? Perchè nel mo-

(1) Troplong, art. 2186, n. 958.

mento, in cui la ipoteca dovrebbe esercitarsi, più non esiste per difetto di rinnovazione. Non basta che sia viva la ipoteca nel giorno dell' alienazione, perchè si possa dire che il prezzo del fondo alienato è dovuto ai creditori ipotecari. È necessario che la ipoteca sia in vita nel momento in cui il creditore fa uso de' suoi diritti. Se in questo momento la ipoteca più non esiste, nessun diritto di preferenza può esercitarsi dal creditore ipotecario in concorso dei creditori chirografari, perchè una ipoteca estinta non può essere causa e fonte di prelazione. La bisogna procede nello stesso modo nel caso di cui si discorre. Il giudizio di purgazione estinse la ipoteca, come confessa lo stesso Troplong. Il creditore dunque ipotecario che ricorrendo alle azioni, di cui fanno parola i citati articoli 1166 e 1167, ottiene un supplimento di prezzo dall' acquirente, non può su questo supplimento vantare un gius di preferenza alla massa dei creditori chirografari, perchè nel momento in cui fa uso di dette azioni, la sua ipoteca è già morta, e mancandogli la ipoteca, ossia il titolo della pretesa prelazione, esso non è più che un creditore chirografario, e come tale deve piegare il capo alla legge d' eguaglianza, a cui sono sottoposti i creditori chirografari. Il Troplong confonde la potenza coll' atto. La ipoteca esistente al momento dell' alienazione del fondo ipotecato dà al creditore il diritto di prelazione sopra la massa dei creditori chirografari, ma un tale diritto è in potenza, e meglio che un diritto è una speranza. Il detto diritto dalla potenza viene ridotto all' atto, dallo stato di mera speranza passa alla realtà, quando il creditore conserva intatta e viva la sua ipoteca nel momento, in cui fa uso de' suoi diritti ipotecari. Se in questo momento la sua ipoteca è già morta, le sue speranze non possono più realizzarsi, ed egli deve adattarsi alla sorte comune dei creditori chirografari.

1231. L' accettazione del prezzo offerto dall' acquirente colle fatte notificazioni conduce alla purgazione del fondo dalle ipoteche inscritte; ma questa purgazione non si opera se non quando il prezzo già offerto o sia pagato ai creditori graduati nel giudizio d' ordine, o sia depositato. Finchè un tale pagamento o deposito non è effettuato, il fondo rimane sempre gravato dalle ipoteche inscritte, dalle quali viene liberato e purgato nel momento e col fatto del pagamento o del deposito dell' offerto prezzo. L' articolo 2186 lascia la scelta al terzo possessore, dopo che è rimasto

definitivamente stabilito il valore dell'immobile, o di pagare l'offerto prezzo ai creditori inscritti che sono nel grado di essere soddisfatti, o di farne deposito. Quindi è che prolungandosi il giudizio d'ordine, il terzo possessore, se gli piace, può fare il deposito del prezzo, e così liberare il fondo dai pesi inscritti. Ma se a lui talenta aspettare la fine del giudizio d'ordine, nessun diritto hanno i creditori di pretendere il detto deposito (1). Si è fatto il dubbio, se per fare validamente il deposito dell'offerto prezzo dovrà il terzo possessore uniformarsi alle rigorose disposizioni degli articoli 1257, 1258 e 1259 del Codice Civile, e sono su questo punto discordi gl' Interpreti. Io tengo col Troplong non essere applicabili al caso di cui si discorre le citate disposizioni, come quelle che contemplano il deposito da farsi dal debitore, quando il creditore ricusa di ricevere il pagamento del suo credito. Il terzo possessore fece la offerta del prezzo ai creditori inscritti colle notificazioni prescritte dall'articolo 2183, ed effettuando il deposito dopo che il valore dell'immobile restò definitivamente stabilito nel prezzo offerto, usa di una facoltà accordatagli dalla legge. Può quindi eseguire il deposito senza bisogno di alcuna solennità, e non avrà altr' obbligo che di notificare l'atto di deposito ai creditori inscritti, ai quali importa sapere che è cessato il diritto di pretendere gl' interessi del prezzo. E la notificazione del detto deposito dovrà farsi non solo ai creditori inscritti, ma altresì all'alienante, perchè anch' egli ha interesse, e quindi diritto di sapere che il prezzo del fondo è stato soddisfatto, e che su questo più non corre alcun interesse. E siccome l'articolo 2186 non fa alcuna eccezione, così deve tenersi essere in diritto il terzo possessore di fare il deposito dell'offerto prezzo, qualunque sieno i titoli dei creditori inscritti; e quando anche vi sia un creditore di una rendita vitalizia, il cui capitale non deve essere rimborsato, o vi siano tra i creditori inscritti donne e minori per titoli da verificarsi cessata la tutela o dopo lo scioglimento del matrimonio (2).

Fatto il deposito, il terzo possessore rimane sciolto dalla obbligazione personale contratta verso i creditori colla fatta offerta, ed estraneo alla lotta che può aver luogo tra gli stessi creditori

(1) Troplong, art. 2186, n. 958 ter. — Persil, art. 2186, n. 1.

(2) *Cod. di Proc.*, art. 693. — Troplong, art. 2186, n. 958 quat., n. 959: art. 2195, n. 993. — Persil, art. 2186, n. 2.

per la distribuzione del prezzo depositato. Può egli però invece di fare il deposito, aspettare l'esito del giudizio d'ordine e pagare l'offerto prezzo coi relativi interessi, dopo che sarà passata in giudicato la graduatoria, ai creditori che saranno *nel grado di essere soddisfatti.* E qui nasce il dubbio, se nel grado di essere soddisfatti saranno i creditori condizionali, di cui il giorno *nec cessit, nec venit* (1), prima che siasi verificata la condizione, alla quale è vincolato il loro credito. Se si tratta di un debito a tempo, è certo che il creditore ha diritto di essere soddisfatto, non ostante che non sia scaduto il termine fissato al pagamento, perchè il terzo possessore che fa il giudizio di purgazione dichiarar deve col medesimo atto, onde fa le notificazioni prescritte dall'articolo 2183, di essere pronto a soddisfare immediatamente ai debiti ipotecari sino alla concorrenza del prezzo, senza distinzione di debiti esigibili o non esigibili. Ma non può dirsi lo stesso dei crediti condizionali, perchè prima che la condizione si avveri, il diritto del creditore è incerto, e se questa non ha effetto, il suo credito svanisce. Non può però essere interdetto al creditore condizionale di comparire nel giudizio d'ordine e dimandar grado pel suo credito incerto, perchè essendo valida ed efficace la sua ipoteca, non può non avere la facoltà di esercitare tutti gli atti che tendono a conservare integri i suoi diritti. In quanto all'esercizio dei diritti derivanti dalla ipoteca, la condizione del creditore condizionale non è diversa da quella del creditore a tempo, perchè l'uno e l'altro hanno eguale interesse alla conservazione dei diritti ed azioni che il proprio credito garantiscono (2). Ma se l'uno e l'altro hanno diritto di essere graduati nel giudizio d'ordine, diversi sono i diritti loro quando si tratta di ritirare le somme, per cui ottennero utile grado. Il creditore a tempo, del cui credito *cessit dies, sed nondum venit,* ha diritto, come si è detto, al pari del creditor puro, di essere soddisfatto col prezzo offerto dal terzo possessore, sebbene il suo credito non sia ancora esigibile: laddove un tale diritto non può competere al creditore condizionale, del cui credito non è differita semplicemente la esigibilità, ma è incerta la esistenza, la quale dipende dalla condizione da verificarsi. Quale

(1) L. 213, D. *De verb. significatione.*

(2) « Quæsitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit? Et puto, dandam pignoris persecutionem: quia interest mea. » (L. 14, D. *De pignoribus.*)

temperamento dovrà pertanto adottarsi, perchè sieno conciliati gli opposti interessi del creditore condizionale anteriore e dei creditori posteriori che hanno un credito certo ed esigibile? Il Codice Napoleone non ne indica alcuno, ma la equità dei romani giureconsulti quello suggerisce delle cauzioni (1). Attenendosi a tale temperamento il Giudice assegna la somma, per la quale fu graduato il creditore condizionale anteriore, al creditore posteriore, il quale promette sotto la garanzia di una valida ed idonea cauzione di restituire la somma stessa al creditore anteriore, verificandosi la condizione. Se poi il creditore condizionale sarà il solo creditore inscritto, la somma a lui dovuta o si terrà in deposito, se l'acquirente fece il deposito dell'offerto prezzo, o verrà cautamente investita, o lasciata in mano dello stesso acquirente sino a che la condizione possa verificarsi (2). Può darsi che il grado anteriore sia assegnato al creditore di una rendita, la quale può essere o perpetua o vitalizia. Se la rendita è perpetua, è essenzialmente redimibile; e siccome nel giudizio di purgazione si pagano tutti i debiti inscritti esigibili o non esigibili, così al creditore di detta rendita verrà pagata la parte di prezzo corrispondente al capitale della rendita ed alle annualità graduate, e su ciò non può nascer dubbio (3). Quando si tratta di una rendita vitalizia, è certo che il capitale non è mai redimibile (4); ma da ciò non può inferirsi che non possa purgarsi il fondo dalla ipoteca, ond'è gravato a garanzia di una rendita di simil genere. Il Codice Napoleone per favorire la libertà della proprietà fondiaria, ha dato al terzo possessore la facoltà di fare il deposito del prezzo offerto ai creditori, e mediante un tale deposito l'acquistato fondo resta liberato *da ogni privilegio o ipoteca.* Se il terzo possessore ha diritto di liberare il fondo da qualunque privilegio od ipoteca inscritta, non può non avere altresì la facoltà di purgarlo dalla ipoteca costituita a garanzia di una rendita vitalizia. Dovrà dunque anche in questo caso la equità del Giudice ricorrere ad un tempera-

(1) « Sed auferri hypothecam iniquum est: ideoque arbitrio Judicis cautiones interponendæ sunt, *si conditio exstiterit, nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit.* » (L. 13, § 5, D. *De pignoribus.*)

(2) Troplong, art. 2186, n. 959 ter.

(3) Art. 1911.

(4) Art. 1978, 1979.

mento, che senza nuocere al diritto che ha il terzo possessore di liberare il suo fondo da qualunque privilegio od ipoteca, salvi i diritti che al creditore di una rendita vitalizia accorda la legge. Questi diritti sono determinati negli articoli 1978 e 1979, dai quali risulta che il costituente non può liberarsi dal pagamento della rendita con offrire il rimborso del capitale; e che il creditore in di cui favore è costituita la rendita vitalizia, se da una parte non ha il diritto di chiedere il rimborso del capitale, ha dall'altra quello di far vendere i beni del suo debitore, e di pretendere che col prodotto della vendita si faccia l'impiego di una somma bastante per soddisfare le annualità. Ciò posto, ai creditori posteriori a quello della rendita vitalizia potrà pagarsi il prezzo offerto dal terzo possessore col carico ai medesimi, garantito con idonea cauzione, di soddisfare di mano in mano le annualità dovute al creditore della rendita. Che se non vi saranno creditori posteriori a quello della rendita, o questi non vorranno o non potranno dare una cauzione idonea a garanzia del creditore della rendita, col prezzo del fondo dovrà farsi l'impiego di una somma bastante per soddisfare di mano in mano le pensioni da pagarsi al creditore di detta rendita. Con questo temperamento tutti i diritti sono salvi e conciliati, quello del terzo possessore, che pagando il prezzo offerto ottiene la piena ed assoluta liberazione del suo fondo da qualunque privilegio od ipoteca, e quello del creditore della rendita, il quale viene garantito ed assicurato del pagamento della sua rendita coll'impiego, debitamente cautato, della somma capace di produrre le pensioni a lui dovute. Potrà la somma, bastante per soddisfare le annualità della rendita, essere lasciata nelle mani dello stesso terzo possessore; ma allora il suo fondo non rimarrà svincolato dalla ipoteca spettante al creditore della rendita, perchè è certo che il terzo possessore ottiene la liberazione del fondo da qualunque privilegio od ipoteca, sì veramente che paghi il prezzo ai creditori, o ne faccia deposito. Perciò nè i creditori nè il Giudice potranno obbligare il terzo possessore a tenere in mano la somma necessaria al pagamento dell'annua rendita, perchè egli ha il diritto incontrastabile accordatogli dalla legge di francare la sua proprietà da tutte le ipoteche inscritte, e potrà sempre ottenere la piena liberazione del fondo col deposito del prezzo offerto. È da avvertirsi da ultimo che se col prezzo del fondo non può formarsi un capi-

tale capace di produrre la intera rendita, i creditori posteriori, a cui venga pagato il detto prezzo, dovranno dare al creditore della rendita, una cauzione proporzionata soltanto all'ammontare della somma da essi ritirata, e pagare la sola quota di rendita a questa somma corrispondente. Per ottenere il supplimento dell'annua rendita, il creditore dovrà rivolgersi contro il debitore e contro gli altri beni di lui. Il creditore della rendita vitalizia non ha diritto al capitale della rendita, ma alla sola rendita annua, la quale deve pagarsi dai creditori posteriori in proporzione soltanto del capitale a loro assegnato (1).

1232. Suppongasi che un creditore condizionale abbia ipoteca sui fondi A, B, e C, e che essendosi fatto il giudizio di purgazione sul fondo A, abbia ottenuto utile grado, e che i creditori posteriormente graduati gli abbiano data una idonea cauzione a garanzia del suo credito. Aprendosi un giudizio di purgazione o di espropriazione sugli altri fondi B e C, potrà anche in questi domandar grado? Il Troplong tiene la opinione affermativa. Egli dice che sebbene col giudizio di purgazione il fondo A sia rimasto libero e sciolto dalla ipoteca ond'era gravato a favore del creditore condizionale, non per questo il credito restò soddisfatto; che la incertezza della condizione, a cui è vincolato il pagamento del detto credito, impedì che al creditore si pagasse una somma che potrebbe non essergli dovuta; e che quindi rispetto al creditore condizionale il giudizio di purgazione non portò altro risultato che la sostituzione alla ipoteca costituita sul fondo A di una nuova garanzia data dai creditori posteriori, i quali promisero di restituire, verificandosi la condizione, la somma da essi ritirata (2). Il Persil sostiene la massima contraria (3), alla quale io pure aderisco. La ipoteca si estingue con lo scioglimento della obbligazione principale. È questo un principio inconcusso della romana giurisprudenza confermato dall'articolo 2180 del Codice Napoleone. Ma è un principio egualmente certo che lo scioglimento della obbligazione principale non ha luogo soltanto coll'effettivo e reale pagamento della somma dovuta al creditore, ma per molti altri modi diversi dal pagamento (4). Perciò Ulpiano nella L. 6,

(1) Troplong, art. 2186, n. 959, n. 959 quat.
(2) Troplong, art. 2186, n. 959 quinq.
(3) Persil, art. 2114, n. 6.
(4) Voet, lib. 46, tit. 3, n. 17.

pr. D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur* insegna che il pegno si scioglie *sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum* (1). Quando il creditore è soddisfatto, la obbligazione del debitore si scioglie, qualunque sia il modo dell'avvenuta soddisfazione. La parola *soddisfazione* ha un significato più esteso del vocabolo *pagamento*, e abbraccia qualunque modo, onde il debitore si libera dal contratto debito. Dice perciò Ulpiano nella L. 52, D. *De solutionibus* che — *satisfactio pro solutione est.* — La stessa parola — *pagamento* — *solutio* — usata in senso largo abbraccia non tanto il pagamento fatto con denari, quanto qualsiasi altro modo, onde il debito rimane estinto (2). Anche secondo il Codice Napoleone le obbligazioni si estinguono non solo col pagamento, ma altresì con altri modi indicati nell'articolo 1234, e tra gli altri colla novazione, la quale può altresì aver luogo quando un nuovo debitore è sostituito all'antico (3). Ora, quando il terzo possessore fa il giudizio di purgazione, tutti i crediti inscritti devono essere soddisfatti sino alla concorrenza del prezzo del fondo. Se il creditore condizionale non può ritirare la quota di prezzo a lui dovuta in soddisfazione del suo credito, di ciò non è in colpa nè il debitore, nè il terzo possessore, ma la natura stessa del credito dipendente da un avvenimento futuro ed incerto. Ma ciò nullameno, se il credito condizionale ha un grado anteriore agli altri crediti esigibili, i creditori posteriori non hanno diritto di ritirare la quota di prezzo dovuta al creditor condizionale, la quale deve essere a lui assegnata, e lasciata in deposito sino a che vi può essere speranza che la condizione si verifichi. Sebbene il creditore condizionale non possa ritirare la detta quota, è però certo che la stessa a lui appartiene, e che non può essere ad altri assegnata, non potendo i creditori posteriori essere pagati in pregiudizio dei creditori anteriori col prezzo in tutto o in parte assorbito dagli stessi creditori anteriori. La equità consiglia certamente l'uso di un temperamento che concilii i diritti dei creditori anteriori e dei posteriori, ma nessun temperamento può essere

(1) L. 13, § 4, D. *De pignoribus.* — L. 9, § 3, D. *De pigneratitia.*

(2) « *Solutionis* verbum pertinet ad omnem liberationem quocumque modo factam: magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem. » (L. 54, D. *De solutionibus.*) — Voet, lib. 46, tit. 3, n. 1.

(3) N. 1138, pag. 302. N. 1142, pag. 309.

legittimo, se il creditore anteriore, al quale l'anteriorità del grado dà il diritto incontrastabile di essere pagato col prezzo del fondo preferibilmente ai creditori posteriori, non è pienamente assicurato. Lo stesso creditore anteriore non potrebbe rinunziare alla quota di prezzo a lui assegnata in pregiudizio del debitore, il quale ha diritto di rimanere sciolto dal debito, di cui viene offerto al creditore il legittimo pagamento col prezzo del fondo ipotecato. Quando pertanto la quota di prezzo che dovrebbe stare in deposito a tutto rischio e pericolo del creditore condizionale, viene ritirata dagli altri creditori a lui posteriori, accade necessariamente una novazione, per la quale non solo il fondo, che fu il soggetto del giudizio di purgazione, rimane liberato dalla ipoteca costituita a garanzia del credito condizionale, ma il debitore altresì resta sciolto dal debito, e a lui vengono sostituiti i creditori posteriori, i quali perciò si obbligano a favore del creditore condizionale sotto la garanzia di una idonea cauzione di restituire la somma da essi ritirata nel caso che la condizione rimanga verificata. I creditori posteriori ritirando la somma spettante al creditore anteriore, somma che dovrebbe rimanere in deposito sino al giorno della verificata condizione, verso chi assumono la obbligazione di restituire la somma ricevuta, garantendola con idonea cauzione? Certamente a favore del creditore condizionale anteriore, il quale avendo diritto alla somma stessa ad essi la cede, accettando in luogo di essa l'obbligo della restituzione da essi assunto, non che le garanzie che la stessa restituzione ne assicurano. La cauzione data dai creditori posteriori in favore del creditore condizionale anteriore non è un semplice surrogato, come pensa il Troplong, della ipoteca che lo stesso creditore aveva sul fondo purgato. Una tale cauzione garantisce il nuovo debito sostituito al primo, e questo nuovo debito viene contratto dai creditori posteriori, i quali assumono il carattere e la veste di somministratari in faccia al primo creditore condizionale, il cui credito ipotecario rimase estinto colla parte di prezzo a lui assegnata. Quando adunque il prezzo del fondo A basta alla intera soddisfazione dell'anterior credito condizionale, o un tal prezzo sia lasciato in deposito, o sia ceduto ai creditori posteriori, a fronte della promessa da essi assunta e con idonea cauzione garantita di restituirlo al creditor condizionale, nel caso che si verifichi la condizione del suo

credito, il debito condizionale dell' alienante rimane soddisfatto, e con esso tûtte si sciolgono le ipoteche che lo garantivano, tanto quelle che gravavano il fondo purgato, quanto le altre che colpivano i fondi B e C che non fecero parte del giudizio di purgazione. Ma sebbene su questo punto io m' attenga alla opinione del Persil, non posso però stare con lui quando dice, per sostenere la sua dottrina, che il creditore, il quale avendo più ipoteche a garanzia del suo credito comparisce nel giudizio di purgazione di uno dei fondi ipotecati, a questo solo restringe la sua ipoteca (1). A questa ragione vittoriosamente risponde il Troplong che il creditore col semplice presentarsi ad un giudizio d' ordine non rinunzia per questo ai diritti d' ipoteca che ha su altri fondi diversi da quello che è il soggetto del detto giudizio. La vera ragione che rende a parer mio irrepugnabile la massima ch' io difendo, si è che il creditore condizionale anteriore rimane soddisfatto col prezzo del fondo purgato ; che una tale soddisfazione estingue necessariamete il debito dell' alienante, e scioglie per conseguenza le ipoteche tutte che lo garantivano ; e che al primo debitore ne viene sostituito un nuovo, che è appunto il creditore posteriore, il quale per potere ottenere la somma spettante al creditore condizionale anteriore, l' obbligo assume di restituirgli la somma stessa che a lui appartiene, e che a lui venne assegnata in soddisfazione del suo credito. So bene che il Troplong appoggia la sua opinione ad un Decreto della Corte di Cassazione di Parigi del 18 maggio 1808 ; ma egli che tante volte si ribellò ai Decreti della Corte Suprema, non vorrà stupire che anche io imiti il suo esempio ed alzi arditamente la bandiera della indipendenza (2). Dimanda il Troplong se il terzo possessore, che ha pagato il prezzo ai creditori posteriori che lo hanno ritirato coll' obbligo di restituirlo al creditore condizionale anteriore, rimarrà sciolto da ogni obbligazione e potrà pretendere la cancellazione della ipoteca accesa a garanzia del detto

(1) « En se présentant au premier ordre, et requérant sa collocation, le rentier est censé spécialiser son hypothèque, et la restreindre à l'immeuble dont on va distribuer le prix. » (Persil, art. 2114, n. 6.)

(2) « Il y a beaucoup d'esprits indépendans pour qui un arrêt ne vaut pas une raison, et qui, sous le point de vue doctrinal, pensent qu'une décision, même solennelle, ne fait pas faire un pas à une difficulté. J'avoue que je suis du nombre. » (Troplong. art. 2195, n. 996.)

credito condizionale; e non si perita dal pronunziare la sentenza favorevole al terzo possessore. E facendosi a rispondere alla obbiezione che il creditore anteriore non ha effettivamente ricevuta la somma a lui dovuta, dice che il terzo possessore restò pienamente liberato, avendo sborsato il prezzo in mano di chi era autorizzato a ritirarlo, e che il pagamento non è l'unico modo atto ad estinguere le obbligazioni (1). Applaudo di buon grado alla risposta del Troplong: e questa stessa risposta non vale a confutare la opinione ch'io combatto dello stesso Troplong intorno al punto di cui ora ho discorso? Il pagamento non è il solo modo, onde si sciolgono le obbligazioni del debitore. Nulla perciò rileva che il creditore condizionale anteriore non abbia ritirata la somma assegnata al suo grado: il debito rimase nulladimeno estinto, perchè il creditore condizionale anteriore fu soddisfatto, come se avesse colle sue mani ritirata la somma che fu pagata ai creditori posteriori quali suoi mandatari o cessionari.

Articolo 2187.

In caso di nuova vendita all'incanto, la stessa si eseguirà colle forme stabilite per le spropriazioni forzate, ad istanza o del creditore che l'avrà richiesta, o del nuovo proprietario.

Il petente esprimerà negli affissi il prezzo stipulato nel contratto, o dichiarato, e la somma maggiore che il creditore si obbligò d'accrescere o di fare accrescere.

SOMMARIO.

1233. Ad istanza di chi e con quali forme deve eseguirsi la nuova vendita all'incanto?

(1) « Il est vrai que ces créanciers n'ont pas touché effectivement le montant de leur collocation; mais il n'importe! L'acquéreur est libéré, puisqu'il a vidé ses mains à qui de droit. Le paiement effectif n'est pas le mode unique d'extinction des obligations. » (Troplong, art. 2186, n. 960.)

1234. È applicabile al caso della nuova vendita all'incanto che si fa in un giudizio di purgazione l'articolo 710 del Codice di Procedura?

1235. L'oblatore è tenuto sempre all'adempimento dei carichi ed oneri, risultanti dall'atto di alienazione che tien luogo dell'originale dell'atto d'asta?

1233. Quando alcuno dei creditori ha fatta la dimanda dell'incanto nel modo stabilito dall'articolo 2185, la nuova vendita si eseguisce ad istanza o dello stesso creditore che la richiese, o del nuovo proprietario, il quale ha interesse che il giudizio non rimanga in sospeso e che sia fatta l'aggiudicazione del fondo. Non dandosi di ciò cura nè l'uno, nè l'altro, l'aggiudicazione potrà farsi ad istanza di qualunque altro creditore, il quale chieda di essere surrogato al creditore negligente che fece la dimanda dell'incanto. E tale diritto non può negarsi agli altri creditori inscritti, come si deduce dall'articolo 2190, il quale dichiara che la desistenza del creditore che chiede l'incanto, non può impedire la pubblica aggiudicazione, a meno che ciò non segua coll'espresso consenso di tutti gli altri interessati (1). La nuova vendita si eseguirà colle forme stabilite per le spropriazioni forzate, e la parte che la domanda, deve esprimere negli affissi il prezzo stipulato nel contratto, o dichiarato, e la somma maggiore che il creditore si obbligò d'accrescere o di fare accrescere. Il processo verbale poi della esposizione degli affissi deve notificarsi al nuovo proprietario, se quegli che insta per l'incanto è il creditore, od al creditore che ha fatta la maggiore oblazione, se quegli che insta per l'incanto si è il nuovo proprietario. L'atto di alienazione tiene luogo dell'originale dell'atto d'asta, e il prezzo offerto dal creditore che chiese l'incanto sta in luogo della prima oblazione all'asta (2).

1234. Dispone l'articolo 710 del Codice di Procedura sotto il titolo — *Del pignoramento degli stabili* — che entro giorni 8 dalla pronunciata aggiudicazione, chiunque, o personalmente, o col mezzo di procuratore munito di speciale mandato, può fare in cancelleria del Tribunale una nuova oblazione, purchè superi

(1) Troplong, art. 2187, n. 960 bis. — Persil, art. 2187, n. 1 e 2. — *Cod. di Proc.*, art. 721 e 722.

(2) *Cod. di Proc.*, art. 836, 837, 838.

del quarto almeno il prezzo principale della vendita. Questa disposizione sarà applicabile altresì al caso della nuova vendita all' incanto che si fa in un giudizio di purgazione? Delvincourt (1) tiene la opinione affermativa, combattuta virilmente dal Troplong, il quale si appoggia anche ad un Decreto della Corte di Cassazione del 22 giugno 1819 (2). Io mi attengo alla opinione di Delvincourt. Dichiara l'articolo 2187 che in caso di nuova vendita all'incanto, la stessa si eseguirà colle forme stabilite per le spropriazioni. Il succitato articolo 710 del Codice di Procedura fa parte del titolo — *Del pignoramento degli stabili.* — Dunque non può non essere applicabile alla nuova vendita all' incanto che si fa in un giudizio di purgazione. Dice il Troplong che la disposizione dell' articolo 710 non riguarda una forma di procedura, ma stabilisce un diritto esorbitante che si riferisce non alla forma, ma alla sostanza. Mi pare che il Troplong si apponga in fallo. Le forme sono sempre dalla legge determinate allo scopo di dar vita ad un qualche diritto. La inscrizione è certamente una forma della ipoteca, ma da essa trae la ipoteca tutta la sua forza ed efficacia. Perchè la legge accorda il diritto ai creditori di domandare l' incanto del fondo già alienato dal debitore? L' incanto non è che il mezzo, onde i creditori tentano di ottenere il maggior prezzo possibile del fondo alienato dal debitor loro o a titolo gratuito o a modico prezzo. Ciò confessa lo stesso Troplong (3). Il diritto accordato dall' articolo 710 del Codice di Procedura non è che il suggello delle misure atte a portare il fondo venduto ad un alto prezzo. Perchè dunque i creditori dovranno essere privi di questo beneficio, il quale non ha altro scopo che di far crescere il prezzo del fondo? Obbietta il Troplong che il venditore non si può dolere, se il valore del fondo non è portato al maggior prezzo a cui potrebbe salire coll'esercizio del diritto accordato dal detto articolo 710 (4). Di

(1) T. III, p. 373, note 5.

(2) Troplong, art. 2187, n. 961.

(3) « La surenchère a été établie pour tirer de la chose le plus grand avantage possible dans l'intérêt des créanciers. » (Troplong, art. 2187, n. 961 ter.)

(4) « Le vendeur ne peut se plaindre de ce que la surenchère du quart n'a pas lieu, car il a lui-même vendu la chose pour un prix inférieur au taux de l'adjudication. » (Troplong, art. 2187, n. 961.)

buon grado ciò concedo: ma se non può muoverne querela il venditore che alienò il fondo a basso prezzo, ben possono farne lamento i creditori, per l'interesse dei quali la legge permette l'incanto di un fondo già dal debitore legittimamente alienato. Ma risponde il Troplong che neppure i creditori possono di ciò querelarsi, perchè essi potevano, se loro premeva un maggior prezzo, accrescere più di un decimo il prezzo offerto dall'acquirente (1). È facile il rispondere che i creditori non sempre sono in grado di rendersi aggiudicatari del fondo a loro garanzia ipotecato, e l'argomento del Troplong non può avere alcun peso, posto che la legge autorizza l'apertura dell'incanto, non ostante la offerta del creditore di accrescere il prezzo di un decimo al disopra di quello che fu stipulato nel contratto, o dichiarato dal nuovo proprietario.

1235. L'oblatore sarà sempre tenuto all'adempimento dei carichi ed oneri risultanti dall'atto di alienazione che tiene luogo dell'originale dell'atto d'asta? Per regola generale l'oblatore è obbligato a sottostare ai detti pesi: ma le clausole e i patti riguardanti il modo di pagamento del prezzo, non possono essere rispettati, quando sieno in opposizione coi diritti dei creditori inscritti, perchè questi soli hanno diritto al prezzo del fondo alienato con preferenza alla massa dei creditori chirografari (2).

Articolo 2188.

L'aggiudicatario è tenuto a restituire all'acquirente o donatario cui fu tolto il possesso, non solo il prezzo della sua aggiudicazione, ma anche le spese e i pagamenti legittimi fatti a causa del suo contratto, quelli della trascrizione sui registri del Con-

(1) « Les plaintes des créanciers seraient aussi sans fondement. Ils pouvaient faire une surenchère plus forte que du dixième. » (Troplong, art. 2187, n. 961.)

(2) Troplong, art. 2187, n. 961 bis.

servatore, quelli della notificazione, e quelli fatti per ottenere la rivendita.

SOMMARIO.

1236. Quali spese devono rimborsarsi dall'aggiudicatario all'acquirente, cui viene tolto il possesso del fondo?

1237. La disposizione dell'articolo 2175 è applicabile all'acquirente, al quale nel giudizio di purgazione viene tolto il possesso del fondo, aggiudicato o al creditore che chiese l'incanto o ad un terzo estraneo.

1238. Dal giorno dell'aggiudicazione l'aggiudicatario deve ai creditori inscritti gl'interessi del prezzo. Da chi si devono gl'interessi anteriori all'aggiudicazione, e a chi devono assegnarsi?

1236. L'aggiudicazione del fondo fatta a favore di un creditore o di un estraneo risolve *ipso jure* il contratto di alienazione, onde ne fu trasferita la proprietà all'acquirente che intraprese il giudizio di purgazione. In conseguenza di questa risoluzione l'aggiudicatario deve a lui rimborsare tutte le spese del contratto, e quelle fatte allo scopo di liberare il fondo dai vincoli ipotecari, cioè le spese della trascrizione, e della notificazione ai creditori, e quelle fatte per ottenere la rivendita. Siccome le dette spese furono dall'acquirente sostenute oltre il prezzo, come un peso e carico inerente ad un acquisto che rimane annullato; così l'aggiudicatario deve restituirle allo stesso acquirente, non già in conto del prezzo dell'aggiudicazione, ma al di là di questo prezzo, onde l'intero prezzo dell'aggiudicazione torni esclusivamente a profitto dei creditori inscritti (1).

1237. L'acquirente, a cui l'aggiudicazione toglie il possesso e la proprietà del fondo, trovasi nella stessa condizione del terzo possessore che molestato con azione ipotecaria da un qualche creditore, ne fa il rilascio. Imperocchè nell'uno e nell'altro caso per fatto indipendente da lui e pel solo interesse dei creditori inscritti viene risolto il dominio da lui acquistato. Deve dunque all'uno e all'altro caso applicarsi la disposizione dell'articolo 2175,

(1) Troplong, art. 2188, n. 962. — Persil, art. 2188, n. 1.

secondo il quale le deteriorazioni cagionate dal fatto o dalla negligenza del terzo possessore in pregiudizio dei creditori ipotecari o privilegiati, danno luogo ad agire contro di esso per l'indennità; e d'altra parte egli può ripetere le spese e miglioramenti da lui fatti, sino alla concorrenza del valor maggiore che ne è risultato.

1238. È fuori di dubbio che dal giorno dell'aggiudicazione l'aggiudicatario dovrà ai creditori inscritti gl'interessi del prezzo della sua aggiudicazione, perchè da questo giorno egli ha diritto ai frutti del fondo. Ma gl'interessi anteriori all'aggiudicazione essendo un correspettivo dei frutti goduti dal possessore, da questo solo saranno dovuti e non dall'aggiudicatario (1). E questi interessi anteriori all'aggiudicazione dovranno distinguersi in due categorie. Gli uni, maturati dal giorno del contratto sino a quello delle notificazioni fatte ai creditori dal terzo possessore, o sino al giorno della intimazione fatta allo stesso terzo possessore da un qualche creditore ipotecario, nel caso che sieno dovuti dal medesimo possessore che non aveva pagato il prezzo dell'alienazione, dovranno come cosa mobile assegnarsi per contributo alla massa dei creditori chirografari dell'alienante. Gli altri, maturati dal giorno della detta intimazione o delle notificazioni sino a quello dell'aggiudicazione, rappresentando i frutti immobilizzati del fondo, spetteranno esclusivamante ai creditori ipotecari secondo il grado della rispettiva inscrizione (2).

Articolo 2189.

L'acquirente o il donatario che si mantiene in possesso dell'immobile esposto all'incanto, essendo il maggiore offerente, non è in obbligo di far trascrivere il decreto di aggiudicazione.

SOMMARIO.

1239. Le ipoteche costituite dall'alienatario rimangono ferme e incrollabili, quando il medesimo, facendosi maggiore offerente, si

(1) Persil, art. 2188, n. 4. — Grenier, tome II, n. 471.
(2) N. 1209, pag. 490.

mantiene in possesso dell' immobile esposto all' incanto ad istanza di un qualche creditore. Verificandosi questo caso, l' alienatario è dispensato dall' obbligo di far trascrivere il decreto di aggiudicazione.

1240. Anche l' aggiudicatario estraneo è dispensato dall' obbligo di fare la trascrizione del decreto di aggiudicazione.

1239. Il dominio che acquista l' alienatario di un fondo gravato da ipoteche è necessariamente rivocabile, perchè l' esercizio delle azioni spettanti ai creditori ipotecari può mettere lo stesso alienatario nella dura necessità di fare il rilascio del fondo o di cederlo al maggiore offerente, nel caso d' incanto chiesto nel giudizio di purgazione da alcuno dei creditori. Nel caso però del giudizio di purgazione, può farsi egli stesso maggiore offerente, e allora si mantiene nel possesso del fondo, di cui diviene proprietario irrevocabile, cessando il pericolo della risoluzione ond'era minacciato per causa delle ipoteche. La maggiore offerta pertanto che fa lo stesso alienatario nell' incanto che viene aperto ad istanza di un creditore nel giudizio di purgazione, lungi dal portare la risoluzione del primitivo contratto, rende anzi irrevocabile e stabile il dominio che prima del detto giudizio era soggetto a rescissione, e conferma e convalida lo stesso atto di alienazione, onde gli fu trasferita la proprietà (1). Da ciò deriva la conseguenza che tutte le ipoteche costituite sul fondo dal terzo possessore, che nel giudizio di purgazione da lui promosso ne diviene aggiudicatario facendosi maggiore offerente, rimangono ferme e incrollabili, per la ragione appunto che l' aggiudicazione fatta a favore del terzo possessore non solo non risolve, ma conferma e rende irrevocabile il dominio già acquistato coll' atto di alienazione. L' acquirente che si mantiene in possesso dell' immobile esposto all' incanto divenendo maggiore offerente, è dall' articolo 2189 dispensato dall' obbligo di far trascrivere il decreto di aggiudicazione. Questa dispensa è ragionevolissima. Secondo i principj del Codice Napoleone la trascrizione non è che una formalità preparatoria del giudizio di purgazione da tutte le ipoteche e privilegi inscritti a carico dei precedenti proprietari. La trascrizione dell' atto di alienazione e le notificazioni fatte dall' acquirente ai creditori inscritti nel modo stabilito dall' articolo 2183

(1) Troplong, art. 2189, n. 964. — Grenier, tome II, n. 467.

purgano *ipso jure* il fondo dai privilegi e dalle ipoteche inscritte appunto contro l'alienante ed i proprietari anteriori. La trascrizione dunque dell' atto di aggiudicazione non avrebbe alcuno scopo, e sarebbe un peso inutilmente imposto al terzo possessore divenuto aggiudicatario del fondo, di cui l'atto di alienazione già trascritto gli aveva trasferita la proprietà.

1240. Dalla disposizione dell' articolo 2189 hanno tratta non pochi Interpreti la erronea conseguenza che il decreto di aggiudicazione deve al contrario essere trascritto, quando questa è fatta a favore non del terzo possessore che intraprese il giudizio di purgazione, ma di un estraneo qualunque. Per quale motivo dovrebbe l'aggiudicatario estraneo fare la trascrizione del decreto di aggiudicazione? Forse per acquistare il dominio del fondo a lui aggiudicato? No certamente: imperocchè secondo i principj del Codice Civile la trascrizione non è mai necessaria alla traslazione del dominio, tranne il caso delle donazioni tra vivi, ed è una semplice formalità preparatoria del giudizio di purgazione. Il decreto di aggiudicazione basta a trasferire nell' aggiudicatario il dominio del fondo. Dovrebbe l' aggiudicatario fare la trascrizione del decreto di aggiudicazione per liberare il fondo aggiudicato dai privilegi e dalle ipoteche inscritte? Ma da quali ipoteche? Forse dalle ipoteche inscritte a carico del terzo possessore che intraprese il giudizio di purgazione? Ma queste ipoteche non hanno bisogno di essere purgate colla trascrizione del decreto di aggiudicazione, perchè l' aggiudicazione fatta a favore di un estraneo risolvendo il dominio del terzo possessore scioglie *ipso jure* ed annulla le ipoteche da lui costituite sul fondo che gli vien tolto. Forse dalle ipoteche inscritte a carico dell'alienante e dei precedenti proprietari? Ma neppure per queste ha d' uopo l' aggiudicatario di fare la trascrizione del decreto di aggiudicazione, perchè tali ipoteche e privilegi rimangono purgati col giudizio intrapreso dall' alienatario, il quale, colla trascrizione del suo contratto e colle notificazioni fatte ai creditori inscritti, fece quanto era necessario per legge alla purgazione del fondo dai privilegi ed ipoteche inscritte a carico dell' alienante e dei più antichi proprietari. Se dunque la trascrizione del decreto di aggiudicazione non può avere alcuno scopo, è forza il concludere che l' aggiudicatario estraneo, egualmente che il terzo possessore

che si rende maggiore offerente, è assolutamente dispensato dall'obbligo di fare la trascrizione del decreto di aggiudicazione (1). Il legislatore non avrebbe dato pretesto all'accennato dubbio, quando avesse dichiarato in termini generali che l'aggiudicatario non è in obbligo di far trascrivere il decreto di aggiudicazione.

Articolo 2190.

La desistenza del creditore che chiede l'incanto, non può impedire la pubblica aggiudicazione, quand'anche egli pagasse l'importare della fatta oblazione, a riserva che ciò non seguisse coll'espresso consenso di tutti gli altri creditori ipotecari.

SOMMARIO.

1241. La desistenza del creditore che chiese l'incanto, quand'anche paghi l'importo della fatta oblazione, non può impedire la pubblica aggiudicazione, e qualunque altro creditore inscritto può continuare la incominciata procedura. Una tale desistenza però impedisce la pubblica aggiudicazione, quando sia fatta coll'espresso consenso di tutti gli altri creditori inscritti. Ma perchè, non ostante la desistenza del creditore che chiese l'incanto, gli altri creditori possano continuare la procedura, è necessario che la istanza del creditore che domandò l'incanto sia stata fatta validamente. Se il terzo possessore, per impedire l'incanto, offrirà al creditore che lo chiese il pagamento dell'intero suo credito, questi non potrà rifiutarlo.

1241. La legge, accordando a ciascun creditore il diritto di chiedere l'incanto del fondo, cui il terzo possessore vuol liberare da tutti i privilegi ed ipoteche inscritte, non mira al solo vantaggio del creditore che fa la dimanda, ma sì bene della massa

(1) Troplong, art. 2188, n. 963: art. 2189, n. 965. — Grenier, tome II, n. 470, 472.

intiera dei creditori inscritti, ai quali ne deve essere distribuito il prezzo secondo il rispettivo grado. Quando pertanto un creditore fa la dimanda dell' incanto, egli agisce non tanto in nome proprio, quanto per l' interesse di tutti gli altri creditori inscritti, di cui veste in certo modo la qualità di mandatario o di gestore. Perciò la desistenza del creditore che chiese l' incanto, quand'anche questi sia pronto a pagare la intera somma offerta colla sua dimanda, non può impedire che l' incanto abbia luogo e che il fondo sia aggiudicato al maggiore offerente, e qualunque altro creditore inscritto può continuare la procedura e domandare la pubblica aggiudicazione del fondo, la quale allora solo non avrebbe più luogo, quando la desistenza del creditore che chiese l'incanto fosse fatta coll' esplicito consenso di tutti gli altri inscritti creditori. Ma perchè i creditori inscritti abbiano il diritto di continuare la procedura incominciata dal creditore che chiese l' incanto, è assolutamente necessario che la dimanda fatta da questo creditore sia valida. Imperocchè una dimanda nulla, o perchè non furono osservate le condizioni prescritte dall' articolo 2185, o perchè fu rigettata la offerta cauzione, come non può essere utile al creditore che la fece, per la stessa ragione non potrà giovare agli altri creditori, in quanto che un atto nullo si ha per non fatto e non può produrre alcun effetto. In questo caso però gli altri creditori potranno fare direttamente la dimanda dell' incanto, purchè sieno in tempo di adempiere tutte le condizioni prescritte dal citato articolo 2185, e di ciò non lascia alcun dubbio la disposizione dell' articolo 833 del Codice di Procedura, il quale dichiara che se la cauzione è rigettata, la domanda e la maggiore oblazione ivi contenuta si dichiara nulla, e l' acquirente è mantenuto, *a meno che non vi sieno state domande ed oblazioni per parte di altri creditori* (1). Ma se il terzo possessore per impedire l' incanto offrirà al creditore che lo chiese il pagamento dell' intero suo credito, non potrà questi rifiutarlo; imperocchè il creditore che domanda l'incanto non ha altro scopo, e non ha altro diritto, che il pagamento di ciò che gli è giustamente dovuto; e quando il suo interesse è soddisfatto, non può avere alcun diritto di spingere all' ultimo termine la procedura. Non vale il dire che il creditore domandando l' incanto ha agito

(1) Persil, art. 2190, n. 1 e 2. — Troplong, art. 2185, n. 950: art. 2190, n. 966.

anche a nome di tutti gli altri creditori inscritti, e che perciò la offerta semplice di ciò che a lui è dovuto non può obbligarlo a desistere dalla fatta domanda. Imperocchè la desistenza del creditore che chiese l' incanto, comecchè fatta in grazia del pagamento della somma a lui dovuta, non pregiudica in alcun modo il diritto che hanno gli altri creditori di continuare l' iniziata procedura, e domandare la pubblica aggiudicazione.

Articolo 2191.

L' acquirente che sarà divenuto aggiudicatario, avrà il suo regresso a termini di ragione contro il venditore pel rimborso di ciò ch' eccede il prezzo stipulato nel di lui contratto, e per gl' interessi di tale eccedenza, da computarsi dal giorno di ciascun pagamento.

SOMMARIO.

1242. Quali diritti competono all' acquirente contro il suo venditore, nei casi in cui in conseguenza del giudizio di purgazione o debba pagare ai creditori inscritti, in tutto o in parte, il prezzo del fondo già pagato al venditore o ai suoi creditori chirografari, o il fondo sia aggiudicato ad un estraneo, od egli stesso se ne renda aggiudicatario per un prezzo maggiore di quello che fu stipulato nel contratto di alienazione?

1243. Se il titolo dell' alienazione del fondo, di cui è stato fatto il giudizio di purgazione, sarà un atto di donazione, o un legato, potrà il terzo possessore ripetere dal donante o dagli eredi del testatore il prezzo pagato ai creditori inscritti?

1244. Soddisfatti i creditori inscritti, l' acquirente divenuto aggiudicatario nulla deve di ciò che supera il prezzo stipulato nel contratto ai creditori chirografari dell' alienante.

1242. L' articolo 2178 contempla il caso che il terzo possessore molestato con azione ipotecaria da un qualche creditore o

paghi il debito ipotecario, o rilasci l'immobile, o subisca dello stesso immobile la espropriazione, e gli accorda il regresso come di ragione contra l'alienante. Il citato articolo non considera il caso del giudizio di purgazione volontariamente intrapreso dallo stesso terzo possessore. Ma sebbene questi ricorra spontaneamente ad un tale rimedio, è però certo dall'una parte che la legge gli concede il diritto di purgare l'acquistato fondo dai pesi ipotecari sul medesimo gravitanti, e dall'altra che il giudizio di purgazione non ha altro scopo che di spegnere le azioni dei creditori che potrebbero da un momento all'altro molestare il terzo possessore, ed esporlo a tutte le conseguenze previste nel citato articolo 2178. È quindi giusto che anche in questo caso il terzo possessore abbia il suo regresso contro l'alienante, quando i diritti esercitati dai creditori ipotecari nel giudizio di purgazione sieno a lui cagione di pregiudizio e di danno. Imperocchè il terzo possessore soffre in realtà la evizione per un fatto a lui non imputabile, che è una conseguenza dei vincoli anteriori all'alienazione inscritti sul fondo a carico dell'alienante o degli antecedenti proprietari. Possono pertanto verificarsi tre casi. Può darsi in primo luogo che nessun creditore dimandi l'incanto, ma che il terzo possessore debba nuovamente pagare in tutto o in parte il prezzo del fondo, già sborsato o allo stesso venditore o a creditori chirografari delegati da lui. In questo caso è fuori di dubbio che il terzo possessore ha tutto il diritto di ripetere dal venditore il prezzo pagato, perchè il detto pagamento viene fatto in forza di un diritto legittimamente esercitato dai creditori inscritti a carico dell'alienante, il quale poteva impedire il danno dello stesso acquirente col soddisfare, com'era suo dovere, i crediti inscritti. Può accadere in secondo luogo che nel giudizio di purgazione un qualche creditore dimandi l'incanto, e che perciò al terzo possessore sia tolto il possesso e il dominio dell'acquistato fondo. Anche in questo caso non può negarsi al terzo possessore il diritto di ripetere dal venditore il prezzo già pagato, ed inoltre i danni ed interessi (1). Finalmente il terzo possessore, per non perdere l'acquistata proprietà, può farsi nell'incanto il maggiore offerente, e divenire l'aggiudicatario del fondo per un prezzo maggiore di quello pel quale ne fece l'acquisto. Questo caso ultimo è contemplato nell'articolo 2191, il quale accorda all'acquirente, a cui restò il

(1) Art. 1630.

fondo per aggiudicazione, il suo regresso a termini di ragione contro il venditore pel rimborso di ciò ch'eccede il prezzo stipulato nel contratto e per gl' interessi di tale eccedenza da computarsi dal giorno di ciascun pagamento. Pietro compra da Caio il fondo A per lo prezzo di lire 60,000, e nel giudizio di purgazione da lui intrapreso se ne rende egli stesso aggiudicatario per lo prezzo di lire 80,000. Caio dovrà rimborsare a Pietro lire 20,000, le quali costituiscono la differenza tra il prezzo stipulato nel contratto e quello dell'aggiudicazione (1), e con dette lire 20,000 i relativi interessi dal giorno del pagamento.

1243. E se il titolo, onde fu trasferito il dominio nel terzo possessore, sarà un atto di donazione o un legato, potrà egli anche in questo caso ripetere dal donante o dagli eredi del testatore il prezzo pagato ai creditori inscritti, sia che questi abbiano accettato il prezzo offerto colle notificazioni, sia che egli medesimo sia divenuto aggiudicatario del fondo? I migliori Interpreti fanno la seguente distinzione. O si tratta di debiti, pei quali il donante o il testatore che lasciò il legato erano personalmente obbligati, e allora il donatario o il legatario, che rimangono per legge surrogati nelle ragioni dei creditori dimessi (2), non possono non avere il regresso contro il donante o gli eredi. Imperocchè muniti di questa surroga, possono il donatario e il legatario ripetere dal donante o dagli eredi ciò che hanno dovuto pagare ai creditori, in favore dei quali il donante stesso o il testatore erano personalmente obbligati. O non erano il donante o il testatore obbligati personalmente pei debiti pagati col prezzo offerto o col prezzo dell'aggiudicazione, come quando si tratta di debiti inscritti sul fondo a carico dei proprietari primi, da cui il donante o il testatore ebbero causa, e in tal caso non potendo il terzo possessore valersi della surroga contro la persona del donante o contro gli eredi del testatore, non potranno contro di essi esercitare con azione personale alcun regresso per ottenere il rimborso delle somme pagate ai creditori, verso i quali lo stesso donante o il testatore non erano obbligati che come possessori del fondo donato o lasciato a titolo di legato (3).

1244. L'acquirente divenuto aggiudicatario avendo il re-

(1) Persil, art. 2191, n. 1.
(2) Art. 1251, n. 3. — N. 1129, pag. 246.
(3) Troplong, art. 2191, n. 969.

gresso contro il venditore pel rimborso di ciò ch'eccede il prezzo stipulato nel contratto, è per detto titolo creditore dello stesso venditore. Ora, se soddisfatti tutti i creditori inscritti, resta disponibile una residua parte del prezzo di aggiudicazione, a chi dovrà questa essere distribuita? Ai creditori chirografari dell'alienante? E coi creditori chirografari potrà concorrere per contributo l'acquirente medesimo divenuto aggiudicatario, a cui è dovuto il rimborso di ciò che supera il prezzo stipulato nel contratto di alienazione? Oppure l'acquirente potrà rifiutarsi al pagamento di questo residuo prezzo, reclamando il diritto di ritenzione? È certo che i creditori chirografari non hanno alcuna azione contro il terzo possessore dei beni alienati dal comun debitore, e che il diritto di chiedere l'incanto dei detti beni spetta soltanto ai creditori ipotecari. I creditori chirografari possono soltanto, dopo la dimissione dei creditori ipotecari, aver diritto al residuo prezzo dei beni alienati in quanto un tal residuo costituisce un credito dell'alienante contro l'alienatario, perchè allora i creditori chirografari possono invocare la disposizione dell'articolo 2093, secondo la quale tutti i beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori. Ora ciò che resta del prezzo di aggiudicazione, pagati tutti i creditori inscritti, è forse dovuto dall'acquirente divenuto aggiudicatario al suo venditore? Diviene questi, per detto residuo, creditore dell'acquirente, e può domandarne il pagamento? Assolutamente no: tanto è lungi che l'alienante abbia per questo titolo un credito contro l'alienatario, che quest'ultimo anzi ha il regresso contro lo stesso alienante per ottenere il rimborso di ciò ch'eccede il prezzo stipulato nel contratto. Se l'alienante per detto titolo non ha alcun credito contro il compratore che divenne aggiudicatario del fondo già comprato, se nessuna azione può intentare contro di lui per ottenere il pagamento di ciò che eccede il prezzo convenuto nel contratto di alienazione, è chiaro che nessun diritto potranno esercitare contro lo stesso acquirente che divenne aggiudicatario i creditori chirografari del venditore, per la ragione che i creditori chirografari non possono esercitare azioni e diritti che sui beni mobili od immobili e sui crediti spettanti al debitore. In faccia al venditore nessuna somma è dovuta dall'acquirente divenuto aggiudicatario oltre il prezzo stipulato nel contratto, e perciò i creditori chirografari del detto venditore non possono esercitare

ragioni sopra un credito che non esiste. È dunque forza il concludere che l'acquirente divenuto aggiudicatario nulla deve di ciò che supera il prezzo stipulato nel contratto nè all'alienante, nè ai creditori di lui chirografari; i quali perciò non possono chiedere la distribuzione per contributo di una somma, alla quale il loro debitore non può avere alcun diritto (1).

Articolo 2192.

Nel caso in cui il titolo del nuovo proprietario comprendesse mobili ed immobili, ovvero più immobili, gli uni ipotecati, gli altri liberi, situati o nello stesso o in diversi circondarj degli Offici, alienati per un solo e medesimo prezzo, o per prezzi distinti e separati, aggregati o non aggregati alla stessa tenuta, il prezzo di ciascun immobile assoggettato a particolari e separate inscrizioni sarà dichiarato nella notificazione dal nuovo proprietario, mediante una stima, se siavi luogo, ragguagliata sul prezzo totale espresso nel titolo.

Il creditore maggior offerente non potrà, in verun caso, costringersi ad estendere la sua oblazione, nè sopra il *mobiliare,* nè sopra altri immobili fuori di quelli, che sono ipotecati pel suo credito e situati nel medesimo distretto, salvo il regresso del nuovo proprietario contro i di lui autori, per essere tenuto indenne del danno che soffrirebbe, tanto per la divisione degli oggetti contenuti nel di lui acquisto, quanto per quella delle coltivazioni.

---

(1) Troplong, art. 2191, n. 971. — Persil, art. 2191, n· 5.

SOMMARIO.

1245. Se collo stesso atto furono alienate più cose, alcune ipotecate ed altre no a garanzia dei debiti dell'alienante, o poste in diversi circondarj, dove e in qual modo dovranno farsi dall'alienatario le notificazioni ai creditori prescritte dall'articolo 2183? Nel supposto caso il creditore che chiede l'incanto potrà restringere la sua dimanda al solo fondo a sua garanzia ipotecato.

1246. Il venditore e i creditori inscritti nel caso contemplato dall'articolo 2192 possono fare opposizione alla stima fatta dall'acquirente?

1247. Verificandosi il caso a cui accenna l'art. 2192, l'acquirente ha il regresso contro l'alienante per ottenere l'emenda del danno cagionatogli dalla dimanda dell'incanto limitata da un creditore inscritto ad una parte soltanto dei beni caduti nel contratto di alienazione.

1245. Può accadere che un proprietario alieni collo stesso atto dei fondi ipotecati a garanzia dei suoi creditori unitamente a dei beni mobili, oppure diversi beni immobili, gli uni ipotecati e gli altri no, o finalmente dei beni immobili tutti ipotecati a garanzia de' suoi creditori, ma posti sotto i circondari di diversi Uffizi. Sarebbe cosa dura ed iniqua che i creditori ipotecari per esercitare il diritto di chiedere l'incanto dovessero estendere la loro offerta a tutte le cose cadute nel contratto stipulato dal loro debitore coll'alienatario, e così anche ai mobili e ai fondi a loro garanzia non ipotecati. Prevedendo il savio legislatore gli accennati casi possibili a verificarsi, ha equamente disposto che i creditori ipotecari che vorranno far uso del diritto di domandare l'incanto, potranno restringere la loro offerta al solo immobile a loro garanzia ipotecato, in quanto che ai creditori ipotecari interessa soltanto il prezzo del fondo, sul quale è radicata la loro ipoteca. E perciò se nel contratto fu attribuito a ciascun fondo un valore determinato, il terzo possessore che fa il giudizio di purgazione dovrà esprimere nelle notificazioni il valore rispettivo assegnato a ciascuno dei fondi posti sotto il circondario del Tribunale, dove viene intrapreso il giudizio. Se poi nel contratto fu stabilito cumulativamente per tutte le cose alienate, mobili ed immobili, ipotecate e libere, situate anche sotto diversi circondari degli Uffizi delle Ipoteche, un solo ed unico prezzo, in tal

caso il terzo possessore che intraprende il giudizio di purgazione dovrà assegnare un valore a ciascuno dei fondi ipotecati posti sotto il circondario del Tribunale, dove il giudizio viene aperto, ragguagliando un tal valore sul prezzo totale espresso nel titolo. Questo valore di ciascuno degl' immobili ipotecati espresso dal terzo possessore colle sue notificazioni, è la base dell' aumento da farsi dai creditori ipotecari che chiedono l' incanto; i quali non possono essere tenuti a comprendere nella loro dimanda, nè i beni mobili, che non sono capaci d' ipoteca e non possono perciò essere materia del giudizio di purgazione, nè i beni immobili a loro garanzia non ipotecati, sui quali non hanno alcun diritto, nè i beni immobili, comecchè ipotecati per sicurezza dei loro crediti, posti sotto il circondario di un diverso Tribunale, i quali devono necessariamente avanti questo Tribunale, nel cui circondario sono posti, essere il soggetto di un giudizio di purgazione particolare e distinto. Cade però qui in acconcio di avvertire che non vuolsi dare una soverchia ed esagerata estensione alla regola che devono farsi tanti giudizi separati di purgazione, quanti sono i Tribunali sotto il cui circondario sono posti i diversi fondi che vogliono purgarsi dalle ipoteche. Imperocchè nel caso in cui alcune parti dello stesso fondo ipotecato sono poste in diversi circondari, non può non applicarsi la regola stabilita dall' articolo 2210 pel giudizio di espropriazione, il quale, quanto alla competenza del Tribunale, è regolato con norme non diverse da quelle del giudizio di purgazione. Il quale articolo, contemplando il caso di una tenuta posta sotto diversi circondari, dispone che la vendita forzata si promuove avanti il Tribunale nel cui distretto esiste il luogo principale della tenuta, o in mancanza di luogo principale, dove si trova la parte dei beni che produce il maggior reddito secondo la matrice del ruolo (1).

1246. Si è fatto il dubbio, se il venditore e i creditori inscritti potranno fare opposizione alla stima fatta dall' acquirente, il quale trovandosi nel caso di cui fa parola l' articolo 2192, intraprende il giudizio di purgazione. Il Troplong fra gli altri non dubita di accordare un tale diritto tanto al venditore quanto ai creditori inscritti (2). Non mi pare da accettarsi una tale opinione. Il venditore, il quale sapeva che l' acquirente era in diritto

(1) Persil, art. 2192, n. 1

(2) Troplong, art. 2192, n. 973.

di fare il giudizio di purgazione dei fondi gravati dalle ipoteche, deve imputare a sè stesso di non avere nel contratto di alienazione dato un valore determinato a ciascuno dei fondi venduti collo stesso atto. E quanto ai creditori inscritti, il prezzo o è troppo alto o troppo basso. Nel primo caso, non possono dolersi della stima, la quale torna utile al loro interesse: nel secondo, la stima dell' acquirente non può recar loro un irreparabile pregiudizio, essendo sempre ad essi salvo il diritto di domandare l' incanto. La facoltà lasciata o al venditore o ai creditori di fare opposizione alla stima dell' acquirente, sarebbe un troppo grave incaglio alla pronta e sollecita spedizione del giudizio di purgazione. Del resto la valutazione dell' acquirente nel modo stabilito dall' articolo 2192 è di assoluto rigore, e nulle sarebbero senza di essa le notificazioni da lui fatte ai creditori inscritti. Imperocchè una tale valutazione è richiesta per lo stesso scopo, pel quale l' articolo 2183 vuole la dichiarazione del prezzo stipulato nel contratto, od attribuito dallo stesso acquirente al fondo da purgarsi, ed è la base e il fondamento dell' incanto a cui hanno diritto i creditori inscritti (1).

1247. Il creditore non può avere certamente il diritto di chiedere l' incanto dei beni alienati dal debitore, se non ha sopra i medesimi una valida ipoteca inscritta, e perciò verificandosi il caso contemplato nell' articolo 2192 non potrà comprendere colla dimanda dell' incanto nè i beni mobili, nè i beni immobili a sua garanzia non ipotecati (2). Ma se il creditore dell' alienante non ha un tale diritto, neppure dall' altra parte l' acquirente che fa il giudizio di purgazione, può costringerlo ad estendere la dimanda dell' incanto oltre i beni immobili ipotecati a garanzia del credito, e posti nel circondario ove pende il giudizio. L' acquirente di più beni alienati collo stesso atto, se i creditori inscritti domanderanno l' incanto degl' immobili a loro garanzia ipotecati e posti nel circondario, ove fu intrapreso il giudizio di purgazione, avrà semplicemente il regresso contro l'alienante per essere ristorato del danno cagionatogli dal creditore maggiore offerente, la dimanda del quale impedì che il contratto di alienazione potesse avere il suo pieno effetto rispetto agl' immobili di cui fu chiesto l' incanto.

(1) Troplong, art. 2192, n. 974.
(2) Zachariæ, § 294, n. 5.

CAPO IX.

DEL MODO DI RENDERE LIBERE LE IPOTECHE, QUANDO NON ESISTA INSCRIZIONE SUI BENI DEI MARITI E DEI TUTORI.

Articolo 2193.

Gli acquirenti d'immobili appartenenti a mariti o a tutori, quando non esistono inscrizioni sui detti immobili a causa dell'amministrazione de' tutori o dei mariti rispetto alle doti, alle ricupere e convenzioni matrimoniali della moglie, potranno togliere le ipoteche che esistessero sopra i beni da essi acquistati.

SOMMARIO.

1248. Il terzo possessore che vuole liberare il fondo dalle ipoteche legali non inscritte dei minori e delle donne dispensate dall'obbligo della inscrizione deve osservare le norme stabilite nel capo IX.

1249. Potranno purgarsi colle formalità del capo IX le ipoteche non inscritte delle donne e dei minori, quando i loro diritti non sieno ancora verificati?

1248. Sebbene i Compilatori del Codice Napoleone abbiano accordato alle donne ed ai minori l'esorbitante favore della dispensa dall'obbligo della inscrizione; sebbene con tale dispensa abbiano fallito allo scopo cui mirarono col sistema della pubblicità, già attuato in Francia dalla famosa Legge repubblicana 7 brumaio anno 7, che aperse al credito fondiario un'èra novella di sospirata prosperità; ciò non pertanto animati dal nobile intendimento di proteggere la libertà dei fondi, che è uno dei biso-

gni più vitali della società, non mancarono di organizzare acconce misure atte a rendere libere le private proprietà dalle ipoteche sottratte per eccezione alla salutar legge della pubblicità. A questo scopo non potevano giovare le forme stabilite nel capo VIII, come quelle che riguardano la purgazione dei fondi dalle ipoteche soggette alla formalità della inscrizione. Per le ipoteche alla condizione della pubblicità non sottoposte, le quali costituiscono una speciale categoria privilegiata di un favore non accordato alle ipoteche ordinarie, fu mestieri introdurre differenti forme e solennità all'indole loro adattate e rispondenti. Queste speciali forme furono dalla sapienza del legislatore divisate nel capo IX, alle quali deve scrupolosamente attenersi il terzo possessore che vuole liberare il suo fondo dalle ipoteche non inscritte dei minori e delle donne. La legge providissima ha voluto dare in mano al terzo possessore il modo di liberare completamente la sua proprietà da qualunque onere ipotecario; ma a questo scopo egli non può aggiungere se non tutte osservando le forme prescritte nei distinti capi VIII e IX. Imperocchè colle prime egli può sciogliere il fondo soltanto dai privilegi e dalle ipoteche inscritte o prima od entro 15 giorni dalla trascrizione dell'atto di alienazione, e non ostante la pubblicità del giudizio di purgazione fatto colle forme del detto capo VIII, il fondo, o resti in mano del terzo possessore che intraprese il giudizio, o sia aggiudicato nell'incanto aperto ad istanza di un qualche creditore ad un maggiore offerente, continua come prima ad essere gravato da tutte le ipoteche non inscritte appartenenti a donne od a minori. Colle seconde le sole ipoteche non inscritte dei minori e delle donne possono rimanere estinte. Dico *le sole ipoteche non inscritte dei minori e delle donne;* imperocchè le altre ipoteche legali non dispensate dall'obbligo della inscrizione, cioè quelle della Nazione, dei Comuni e degli Stabilimenti Pubblici, si purgano, come tutte le altre ipoteche e privilegi sottoposti all'obbligo della pubblicità, colle forme prescritte nel capo VIII. E le stesse ipoteche legali dei minori e delle donne, quando sieno state inscritte, devono purgarsi colle formalità ordinarie del detto capo VIII, il quale senza alcuna distinzione stabilisce le norme atte a liberare i fondi dai privilegi e da qualunque ipoteca inscritta (1).

(1) N. 1202, pag. 472. — Troplong, art. 2193, n. 975: art. 2183, n. 921. — Persil, art. 2193, n. 4 e 5.

1249. Alcuni Interpreti hanno fatto il dubbio, se potranno purgarsi colle formalità del capo nono le ipoteche non inscritte delle donne e dei minori, quando i loro diritti non sieno ancora verificati. Il Persil ammette come principio incontrastabile che anche le ipoteche non inscritte dei minori e delle donne possono essere purgate. Ciò non pertanto avverte che questa massima non può applicarsi che al caso, in cui il prezzo del fondo è assorbito intieramente da altre ipoteche ordinarie anteriori, e che quando le ipoteche non inscritte dei minori e delle donne occupano il primo posto, non possono essere purgate, dovendo il terzo possessore conservare in mano ciò che a loro spetta (1). Io non posso accettare questa distinzione, e tengo per fermo che sì nel primo come nel secondo caso il terzo possessore possa liberare il fondo dalle ipoteche dei minori e delle donne. E infatti il capo nono determina in genere il modo di *rendere libere le ipoteche, quando non esista inscrizione sui beni dei mariti e dei tutori*, e l'articolo 9193 stabilisce in termini generali ed assoluti e senza alcuna distinzione che gli acquirenti d'immobili appartenenti a mariti o a tutori, quando non esistono inscrizioni sui detti immobili in favore dei minori o delle mogli, *potranno togliere le ipoteche che esistessero sopra i beni da essi acquistati*. Vinto da questa generalissima disposizione, lo stesso Persil non si perita, rispondendo all'accennato dubbio, dall'ammettere come principio certo ed incontrastabile che il terzo possessore ha sempre il diritto di purgare il suo fondo da tutte le ipoteche non inscritte dei minori e delle donne (2), appunto perchè l'articolo 2193 non fa alcuna distinzione, e accorda indefinitamente al terzo acquirente la facoltà di purgare il suo fondo da tutte le ipoteche non inscritte dei minori e delle donne. Se ciò ammette il Persil, perchè dunque vuole in-

(1) « Mais si les hypothèques légales viennent au premier rang, ou si elles ne sont primées que pour une portion du prix, le purgement est inutile, puisque, obligés de garder en leurs mains le prix de leur acquisition ou la portion du prix qui reste après le paiement des créanciers antérieurs, les acquéreurs doivent laisser subsister les inscriptions comme auparavant. » (Persil, art. 2193, n. 1.)

(2) « On a demandé si cette espèce d'hypothèque pouvait être purgée, alors que les droits des femmes, des mineurs ou des interdits n'étaient pas encore ouverts? L'affirmative est sans doute certaine, puisque notre article ne distingue pas. » (Persil, art. 2193, n. 1.)

trodurre una distinzione che non si trova nella legge? Nè per sostenerla gli giova la disposizione dell' articolo 2195. Che cosa infatti stabilisce l' ultima parte di quest' articolo? Null' altro se non che, quando le inscrizioni in nome delle mogli, minori o interdetti sono le più antiche, l' acquirente non potrà fare alcun pagamento di prezzo *a pregiudizio delle dette inscrizioni.* Ma da questa disposizione non discende punto la conseguenza che ne tira il Persil, cioè che l' acquirente sia obbligato a trattenere in sua mano la somma dovuta ai crediti anteriori delle donne e dei minori. Dalla detta disposizione non deriva altra conseguenza se non che l' acquirente non può fare alcun pagamento di prezzo ai creditori posteriori, o allo stesso venditore, in pregiudizio dei crediti delle donne e dei minori. Ciò è sì vero, che la citata disposizione essendo generale, è riferibile tanto al caso in cui i crediti anteriori delle donne e dei minori siano già esigibili, quanto al caso in cui i detti crediti sieno ancora in sospeso. Può dunque anche coll' appoggio del detto articolo 2195 l' acquirente fare il pagamento del prezzo, purchè un tale pagamento sia fatto senza pregiudizio dei crediti sospesi ed anteriori delle donne e dei minori. E lo scopo della legge sarà adempiuto, e rimarrà salvo l' interesse delle donne e dei minori, qualunque volta o l' acquirente farà il regolare deposito del prezzo, o pagherà collo stesso prezzo i creditori posteriori a fronte della obbligazione che dai medesimi verrà assunta sotto idonea cauzione di restituire la somma ricevuta alle donne ed ai minori, verificandosi il caso della esigibilità dei loro crediti (1).

Articolo 2194.

A quest' oggetto, depositeranno copia del contratto traslativo del dominio debitamente collazionata alla cancelleria del Tribunal civile del luogo, ove sono situati i beni, e notificheranno con atto intimato, tanto alla moglie o al surrogato tutore, quanto al

(1) Dalloz, T. 17, p. 472.

Regio Procuratore presso il Tribunale civile, l'eseguito deposito. L'estratto di questo contratto esprimente la data di esso, i nomi, cognomi, professioni, domicili de' contraenti, l' indicazione della qualità e della situazione de'beni, il prezzo e gli altri pesi della vendita, sarà e resterà affisso per due mesi nell' aula d' udienza del Tribunale: in detto tempo le mogli, i mariti, i tutori, i surrogati tutori, i minori, gli interdetti, i parenti o gli amici, ed il Regio Procuratore, saranno ammessi a chiedere, se vi è luogo, ed a far eseguire all' Officio del Conservatore delle Ipoteche, le inscrizioni sull' immobile alienato, le quali avranno il medesimo effetto come se fossero state fatte nel giorno del contratto di matrimonio, o nel giorno in cui il tutore ha assunta l' amministrazione; tutto ciò senza pregiudizio delle istanze che potessero aver luogo contro i mariti ed i tutori, come fu detto di sopra, a causa delle ipoteche da essi accordate a terze persone senza aver loro dichiarato che gl' immobili erano di già gravati d' ipoteche, per causa di matrimonio o di tutela.

SOMMARIO.

1250. La trascrizione dell' atto di alienazione non è necessaria per la purgazione dei fondi dalle ipoteche non inscritte dei minori e delle donne. Quali sono le formalità a tal uopo prescritte dalla legge? Entro qual termine, nel caso che il terzo possessore adempia le formalità stabilite nel capo IX, dovranno inscriversi le ipoteche legali dei minori e delle mogli sul fondo da purgarsi? La inscrizione però accesa entro il termine legale ha un effetto retroattivo al dì del matrimonio o dell' assunta tutela.

La detta inscrizione chiesta durante il periodo dei due mesi dovrà essere necessariamente speciale sull'immobile alienato che forma il soggetto del giudizio di purgazione?

1251. Il termine dei due mesi, di cui fa parola l'articolo 2194, corre egualmente sì per chiedere la inscrizione delle ipoteche legali spettanti a donne o minori, come per fare la dimanda dell'incanto del fondo.

1252. La notificazione fatta dall'acquirente alle persone cui competono ipoteche legali, dispensate dall'obbligo della inscrizione, non priva lo stesso acquirente del regresso contro l'alienante che non palesò l'onere occulto delle ipoteche legali onde era gravato il fondo alienato.

1250. La prima delle formalità che deve adempiersi dal terzo possessore il quale vuole liberare il fondo dalle ipoteche ordinarie soggette all'obbligo della inscrizione, è la trascrizione del contratto. Ma questa trascrizione non è punto necessaria, quando si tratta della purgazione dei fondi dalle ipoteche non inscritte dei minori e delle donne, e invece il terzo possessore deve depositare alla cancelleria del Tribunal civile del luogo ove sono situati i beni da purgarsi, una copia debitamente collazionata del contratto traslativo del dominio, e notificare l'eseguito deposito con una regolare intimazione tanto alla moglie dell'alienante o al surrogato tutore, quanto al Regio Procuratore presso il detto Tribunale. Il marito ed il tutore sono parte interessata, come quelli i cui beni gravati dalle ipoteche spettanti alla moglie o al minore vogliono purgarsi. Perciò l'articolo 2194 prescrive che la detta notificazione si faccia alla moglie e al surrogato tutore, senza far parola del marito e del tutore. E siccome il citato articolo richiede che l'accennata notificazione sia fatta tanto alla moglie o al surrogato tutore, quanto al Regio Procuratore, così è chiaro che non può bastare nè la sola notificazione fatta al Regio Procuratore, nè la sola notificazione fatta alla moglie o al surrogato tutore; e che perciò anche passato il termine dei due mesi, di cui si dirà nell'articolo 2195, i diritti non inscritti delle donne e dei minori resteranno radicati sul fondo, se il terzo possessore non avrà adempiuto all'obbligo della doppia notificazione (1). Erasi fatto il dubbio, se la sola notificazione fatta al Regio Procuratore bastar potesse allo scopo voluto dal legisla-

(1) Troplong, art. 2194, n. 977, 978. — Persil, art. 2194, n. 1.

tore, quando non erano noti al terzo possessore la moglie dell'alienante o il surrogato tutore. Ma questo dubbio fu tolto dagli articoli 6 e 7 del Decreto del 12 dicembre 1812, col quale furono applicate al Regno d'Italia varie disposizioni relative al Sistema Ipotecario emanate nell' Impero Francese dopo l'attivazione del Codice Napoleone (1).

Oltre il deposito del contratto da notificarsi alle persone anzidette, l'articolo 2194 richiede un'altra formalità destinata a dare la massima pubblicità al giudizio di purgazione intrapreso dal terzo possessore. Vuole il citato articolo che questi faccia affiggere nell'aula d'udienza del Tribunale un estratto del contratto esprimente la data di esso, i nomi, cognomi, professioni, domicili de' contraenti, l'indicazione della qualità e della situazione de' beni, il prezzo e gli altri pesi della vendita. Il quale estratto deve restare affisso per due mesi, entro i quali le mogli, i minori, i surrogati tutori, i parenti, gli amici, gli stessi mariti e i tutori, ed il Regio Procuratore sono autorizzati a domandare le inscrizioni delle ipoteche legali non inscritte. Quando però le mogli ed i minori non sono conosciuti, ed il terzo possessore deve supplire alla notificazione del deposito della copia del contratto traslativo del dominio nel modo stabilito dal

(1) 6. « In luogo però della notificazione, che a' termini dell'articolo 2194 del Codice Napoleone dovrebbe farsi a tali persone od ai loro legittimi rappresentanti, ove l'acquirente ne avesse conoscenza, si praticano le seguenti cautele:

» *a*) Che nella notificazione da farsi al R. Procuratore, l'acquirente dichiari che non conoscendo esso le persone, a nome delle quali potrebbero essere prese delle inscrizioni a titolo d'ipoteche legali sussistenti senza inscrizione, egli farà pubblicare la detta notificazione nelle forme prescritte dall'art. 683 del Codice di Procedura Civile:

» *b*) Che l'acquirente faccia realmente seguire tale pubblicazione giusta il citato articolo; e non esistendo il giornale nel dipartimento, si faccia rilasciare un certificato dal R. Procuratore, che ne attesti la mancanza. »

« 7. Il termine di due mesi assegnato dall'articolo 2194 del Codice Napoleone per prendere inscrizione a nome delle persone indicate nell'articolo 4 del presente Decreto, non decorre che dal giorno della pubblicazione eseguita a' termini dell'articolo 683 del Codice di Procedura Civile, o pure dal giorno del rilascio del certificato del R. Procuratore esprimente che non esiste giornale nel dipartimento. » (Verda, *Raccolta delle Leggi e Disposizioni relative all'attuale Regime Ipotecario*, pag. 440.)

mentovato Decreto del 12 dicembre 1812, allora il termine dei due mesi per prendere la inscrizione non corre che dal giorno della pubblicazione eseguita conformemente all' articolo 683 del Codice di Procedura Civile, o pure dal giorno del rilascio del certificato del R. Procuratore esprimente che non esiste giornale nel dipartimento (1). Nè le mogli, i minori e gl' interdetti per prendere le dette inscrizioni hanno bisogno dell' approvazione delle persone da cui sono dipendenti, perchè trattasi di un atto eminentemente utile ed anzi necessario alla conservazione dei loro diritti, e la legge perciò loro accorda in termini assoluti una tale facoltà (2). La quale inscrizione accesa entro il detto termine dei due mesi ha un effetto retroattivo al dì del matrimonio, o dell' assunta tutela. E sebbene una tale retroattività sia per sè ingiusta e contraria all' indole ed allo scopo di un buon Sistema Ipotecario fondato nella pubblicità, è però una logica conseguenza della iniqua ed esorbitante dispensa accordata improvidamente dalla legge alle ipoteche legali dei minori e delle donne dall' obbligo della pubblicità. La ipoteca delle donne e dei minori è generale, e secondo l' articolo 2148, n° 5 una sola inscrizione per le ipoteche generali assoggetta tutti gl' immobili compresi nel circondario dell' Ufficio. Quando pertanto la inscrizione di detta ipoteca sarà stata accesa entro il detto termine dei due mesi nel modo stabilito dal detto articolo 2148 conformemente alla sua indole e natura, colpirà necessariamente il fondo che forma il soggetto del giudizio di purgazione, e così il voto della legge rimarrà soddisfatto. Non posso perciò aderire alla opinione del Troplong, il quale pretende che la inscrizione nel caso contemplato dall' articolo 2194 deve essere speciale sul fondo che il terzo possessore vuol render libero dai vincoli d' ipoteche legali non soggette all' obbligo della inscrizione (3).

1251. La facoltà di chiedere l' incanto del fondo, cui il terzo possessore vuol liberare dai vincoli ipotecari, è un prezioso diritto derivante dal gius reale della ipoteca, la quale sarebbe il più delle volte un benefizio illusorio, quando il creditore rispettar dovesse il prezzo stipulato dal debitore coll' alienatario. Se

(1) Troplong, art. 2194, n. 981.
(2) Persil, art. 2194, n. 5.
(3) Troplong, art. 2195, n. 991.

questa facoltà è accordata a qualunque creditore inscritto che ha una ipoteca convenzionale o giudiziale o legale, non può non competere ai minori ed alle donne maritate, la cui ipoteca, quanto al diritto, non è diversa dalle ipoteche ordinarie dalle quali si distingue soltanto per l'esorbitante ed ingiusto favore della dispensa dalla inscrizione. In ciò sono d'accordo tutti gl'Interpreti. Ma entro qual termine dovranno i minori e le donne che accesero la inscrizione entro i due mesi dall'affissione dell'estratto chiedere l'incanto? Alcuni pensano che i minori e le donne, per fare la dimanda dell'incanto, hanno l'intero termine dei 40 giorni stabilito dall'articolo 2185, facendo tempo dal giorno dell'accesa inscrizione. Altri si spingono sino a dire che colle formalità prescritte dall'articolo 2194 le donne ed i minori sono soltanto diffidati ad accendere la inscrizione; che avendo questa un effetto retroattivo, quando sia chiesta entro l'assegnato termine dei due mesi, il terzo possessore deve procedere con essi come se la inscrizione della loro ipoteca si trovasse già accesa al momento dell'alienazione; che perciò è tenuto di fare alle donne ed ai minori od a chi li rappresenta le notificazioni comandate dagli articoli 2183 e 2184; e che per conseguenza corre anche per essi, per chiedere l'incanto, il termine dei 40 giorni stabilito dall'articolo 2185 dal giorno delle eseguite notificazioni. Il Troplong confuta vittoriosamente l'una e l'altra opinione (1), e a lui con pienissima convinzione mi sottoscrivo. Il legislatore nei due distinti capi VIII e IX ha stabilite forme diverse ed indipendenti per la purgazione dei fondi dalle ipoteche, secondo che queste sono inscritte, o dall'obbligo della inscrizione dispensate. E siccome nel capo IX non si riporta mai alle forme dell'antecedente capo, così non può esser lecito associar queste a quelle, qualunque volta si tratta di purgare un fondo da ipoteche legali non inscritte appartenenti a donne od a minori. Del resto la disposizione dell'articolo 2195 scioglie ogni difficoltà su questo punto. Quest'articolo infatti dichiara nella seconda parte, che se nel corso dei due mesi da che venne affisso l'estratto del contratto fu fatta inscrizione per parte ed in nome delle mogli, minori o interdetti, l'acquirente è liberato col pagamento del prezzo ai creditori anteriori, che assorbono in tutto o in parte il detto prezzo, e che le inscrizioni in

(1) Troplong, art. 2194, n. 982: art. 2195, n. 995.

nome delle mogli, minori o interdetti saranno cancellate in tutto o sino alla debita concorrenza. Se dopo i due mesi dall' affissione dell' estratto del contratto, l' acquirente, non ostante la inscrizione accesa a nome della moglie o del minore entro il detto termine, può ottenere la piena liberazione sua e del fondo pagando il prezzo ai creditori anteriori, è chiaro che dopo i detti due mesi nessun'altra solennità deve adempiersi dallo stesso acquirente per ottenere la purgazione del suo fondo da qualunque ipoteca legale spettante a donne o a minori; e che questi non sono più in tempo a chiedere l' incanto, comecchè abbiano una ipoteca efficacemente inscritta entro il detto termine legale dei due mesi, il quale corre egualmente sì per chiedere la inscrizione, come per fare la dimanda dell' incanto.

1252. Il terzo possessore colle formalità del capo IX può liberare il fondo acquistato dalle ipoteche non inscritte dei minori e delle donne, provocando la loro inscrizione. Ma questa provocazione spontaneamente fatta dall' acquirente non pregiudica alle azioni cui accorda l' articolo 2136 contro i mariti ed i tutori che lasciarono stabilire privilegi od ipoteche sui loro immobili, senza dichiarare espressamente che questi erano di già gravati da ipoteche legali per causa di matrimonio o di tutela. Le quali azioni sono espressamente riservate dall' articolo 2194.

Articolo 2195.

Se nel corso dei due mesi da che venne affisso l'estratto del contratto, non è seguíta inscrizione per parte ed in nome delle mogli, minori od interdetti sopra gli immobili venduti, essi passano all' acquirente senza alcun peso a causa delle doti, ricupere e convenzioni matrimoniali della moglie o dell' amministrazione del tutore, e salvo il regresso, ove siavi luogo, contro il marito e contro il tutore.

Se fu fatta inscrizione per parte ed in nome di dette mogli, minori o interdetti, e se esistono creditori

anteriori, i quali assorbiscono il prezzo in tutto o in parte, l' acquirente è liberato col pagamento del prezzo o di porzione del medesimo da lui fatto ai creditori collocati in grado utile, e le inscrizioni in nome delle mogli, minori o interdetti, saranno cancellate, o in tutto o sino alla debita concorrenza.

Se le inscrizioni in nome delle mogli, minori o interdetti, sono le più antiche, l' acquirente non potrà fare alcun pagamento di prezzo a pregiudizio delle dette inscrizioni, che avranno sempre, come fu detto antecedentemente, la data del contratto del matrimonio, o dell' assunta amministrazione del tutore; e, in tal caso, saranno cancellate le inscrizioni degli altri creditori che non si trovano in grado utile.

SOMMARIO.

1253. Se nel termine dei due mesi stabilito dall' articolo 2194 non è seguíta alcuna inscrizione in nome delle mogli, minori o interdetti, i fondi venduti passano all' acquirente liberi e sciolti da qualunque vincolo d' ipoteca legale spettante alle dette persone. Le quali nel detto caso neppure possono comparire nel giudizio d' ordine e dimandar grado sul prezzo tra i creditori ipotecari.

1254. Se sono accese le inscrizioni delle donne e dei minori entro l' assegnato termine dei due mesi, in qual modo il terzo possessore che fa il giudizio di purgazione può ottenere la liberazione del fondo?

1255. L' aggiudicatario nel caso di vendita forzata fatta in un giudizio di espropriazione non ha bisogno di adempiere le formalità del capo IX per la purgazione del fondo dalle ipoteche legali sul medesimo gravitanti.

1256. Cenno delle disposizioni del Codice delle Due Sicilie riguardanti le formalità del giudizio di purgazione dei fondi dai vincoli ipotecari.

1257. Quali forme furono stabilite dal Codice di Parma per la purga-

zione dei fondi dai privilegi e dalle ipoteche sui medesimi esistenti?

1258. Succinta indicazione delle disposizioni contenute sotto il capitolo X del Regolamento Ipotecario Pontificio—*Del modo di render libere le proprietà dalle ipoteche.* — Secondo il lodato Regolamento la trascrizione degli atti di alienazione dei beni capaci d'ipoteca nei registri del Conservatore delle Ipoteche è necessaria non solo per la purgazione del fondo dai pesi ipotecari, ma altresì per la trasmissione della proprietà in faccia ai terzi.

1259. Sunto delle disposizioni della Legge Ipotecaria Toscana intorno alla purgazione.

1260. Che cosa dispone il Codice di Sardegna intorno al modo di liberare le proprietà dai privilegi e dalle ipoteche?

1261. Disposizioni del Codice di Modena intorno al modo di rendere libere le proprietà dai privilegi e dalle ipoteche. La trascrizione degli atti di alienazione dei beni immobili secondo il Codice di Modena ha gli stessi caratteri che le furono attribuiti dal Regolamento Ipotecario Pontificio.

1253. Durante i due mesi dall' affissione dell' estratto, di cui fa parola l' antecedente articolo 2194, le mogli, i minori od interdetti inscrivono o no le loro ipoteche. L'articolo 2195 considera le conseguenze che ne derivano nell' un caso e nell' altro, e prima di tutto dichiara che se nel detto termine non è seguita inscrizione per parte ed in nome di dette persone sopra gl' immobili venduti, essi passano all' acquirente liberi e sciolti da qualunque vincolo e peso d'ipoteca legale spettante a donne, minori od interdetti. Le chiare parole dell' articolo 2195 non lasciano luogo ad alcun dubbio quanto alla piena libertà del fondo ottenuta dall' acquirente, nel caso che nel corso dei due mesi da che venne affisso l' estratto del contratto di alienazione non sia stata accesa in nome delle accennate persone alcuna inscrizione. Ma è gran disputa tra gl' Interpreti sul punto, se le donne ed i minori, che non dimandarono la inscrizione della loro ipoteca entro il detto termine dei due mesi, possano comparire nel giudizio d' ordine prima della distribuzione del prezzo, e chieder grado tra i creditori ipotecari. Il Persil accorda una tale facoltà alle donne ed ai minori misurando i loro diritti con una regola diversa secondochè si trovano in conflitto col terzo possessore, o pur solamente coi creditori ipotecari che dimandano la distribuzione del prez-

zo (1). Il Troplong confessa che la disputa ora accennata è una delle più importanti e controverse del Sistema Ipotecario moderno, ma non esita a far plauso alla opinione del Persil, e con una lunga e studiata dissertazione combatte la massima contraria stabilita con più Decisioni dalla Corte di Cassazione di Parigi, eccitando con forti ed eloquenti parole le Corti Reali a ribellarsi all' autorità di una giurisprudenza falsa ed intollerabile, che lede sacri e preziosi interessi tutelati dalla legge con ispeciali favori (2). Io fo voti che le Corti e i Tribunali, a cui non mancheranno occasioni di dar prova d' indipendenza dagli oracoli della Corte di Cassazione, sieno sordi questa volta ai consigli dell' illustre Troplong, e vogliano rispettare religiosamente una giurisprudenza conforme ai veri principj del moderno Sistema Ipotecario, ed alla quale invano fan guerra gli appassionati difensori dei privilegi ingiustamente accordati dal legislatore alla ipoteca legale dei minori e delle donne. Per me la opinione del Persil e del Troplong è un manifesto errore, e poche ragioni bastano a confutarlo. La ipoteca è un diritto uno ed indivisibile, il quale non ha altro scopo che di attribuire un diritto di prelazione al creditore sul prezzo della cosa ipotecata, sia che questa sia in possesso del debitore, sia che si trovi in potere di un terzo possessore. Ma la ipoteca non può dare al creditore questo diritto di prelazione se non è perfetta nel suo essere di diritto reale radicato su di un fondo, perchè il diritto di prelazione è una conseguenza del diritto reale che colpisce l' immobile ipotecato. Se vien meno il diritto reale, che è l' essere proprio della ipoteca, questa svanisce, perchè non può concepirsi una ipoteca che non sia un diritto reale, e non vi può essere un diritto reale che non s' adagi su di un fondo che lo regga e sostenga. Ora, per un favore esorbitante accordato alla ipoteca legale delle donne e dei minori, questa ipoteca sussiste in tutta la sua pienezza senza bisogno della inscrizione, finchè i beni ipotecati si trovano in mano del debitore. Ma la cosa procede diversamente, quando gli stessi beni sono passati in potere di un terzo possessore, il quale intende di liberare l' acquistata proprietà dal vincolo di qualunque ipoteca spettante a donne od a minori. In quest' ultimo caso vuole la legge che anche le donne ed i minori si assoggettino alla

(1) Persil, art. 2195, n. 3.
(2) Troplong, art. 2195, n. 983.

regola comune della pubblicità, ed accendano la inscrizione della loro ipoteca entro il termine di due mesi. La quale inscrizione è comandata come una condizione necessaria alla legale esistenza ed efficacia delle loro ipoteche, e tanto che non comparendo la detta inscrizione entro il termine assegnato, il fondo è dalla legge stessa dichiarato libero da qualunque onere d'ipoteca legale spettante a donne ed a minori. Se dunque è vero che la ipoteca legale dei minori e delle donne non ha più alcuna forza e svanisce, quando non sia inscritta entro il termine dei due mesi fissato dall'articolo 2195, se scorso un tal termine il fondo rimane libero da tale ipoteca, non può assolutamente accordarsi ai minori ed alle donne il diritto di prelazione sul prezzo dei beni alienati, perchè un tal diritto non può derivare che da una ipoteca efficace radicata su di un fondo. Questa semplicissima osservazione basta a parer mio a combattere la opinione dell'illustre Troplong; ma non per questo voglio rimanermi in una questione di tanta importanza dal rispondere agli argomenti ond'egli la difende.

Quando si discusse, egli dice, avanti il Consiglio di Stato la questione, se la ipoteca legale dei minori e delle donne dovesse sussistere indipendentemente dalla inscrizione, gli sforzi riuniti del primo Consolo, di Portalis, Bigot, Malleville e di altri strapparono la decisione che *la sicurezza delle donne e dei minori dovesse essere preferita a quella degli acquirenti e dei sovventori.* Si volle dunque che la ipoteca delle donne e dei minori non dipendesse dalla inscrizione, salvo all'acquirente il diritto di purgarla colla procedura stabilita nel capo IX (1). — Io non contesto il fatto della decisione di cui parla il Troplong: mi basta che egli stesso ammetta l'altro fatto incontrastabile che fu riservata al terzo acquirente la facoltà di purgare il fondo, colle formalità prescritte nel capo IX, dalla ipoteca legale dei minori e delle donne. Imperocchè appunto nel caso che il terzo acquirente vuol liberare il fondo dalla ipoteca legale dei minori e delle donne colla procedura del detto capo IX, è stata a lui accordata la facoltà di costringere le donne ed i minori ad ac-

(1) « On voulut donc que l'hypothèque de la femme et du mineur ne dépendît pas de l'inscription, sauf à l'acquéreur à la purger par la procédure particulière qui fait l'objet de ce chapitre. » (Troplong, art 2195, n. 984.)

cendere la inscrizione della loro ipoteca legale entro il perentorio termine di due mesi dall' affissione dell' estratto, colla esplicita sanzione che la ipoteca stessa rimarrebbe estinta quando non fosse entro il detto termine inscritta. Come dunque potranno i minori e le donne, che non ubbidirono all' appello del terzo possessore, reclamare sul prezzo del fondo venduto un diritto di prelazione, mentre la ipoteca, che del vantato diritto era l' unica causa, ha perduto la sua legale esistenza ed efficacia, ed è morta per sempre per mancanza della inscrizione resa necessaria nel detto caso per volere espresso della legge? — La procedura del giudizio di purgazione, continua a dire lo stesso Troplong, è tutta nell' interesse dell' acquirente, e solo per lui, e non per un riguardo agli altri creditori, è voluta la inscrizione della ipoteca legale dei minori e delle donne entro il termine dei due mesi. L' articolo 2195 si limita perciò a dichiarare che gl' immobili venduti *passano all' acquirente senza alcun peso a causa delle doti, ricupere e convenzioni matrimoniali della moglie o dell' amministrazione del tutore.* La quale disposizione lascia sussistere in tutta la sua integrità in faccia ai creditori quella dell' articolo 2135, secondo cui la ipoteca legale dei minori e delle donne esiste indipendentemente da qualunque inscrizione. — Concedo di buon grado che la inscrizione, di cui si discorre, è voluta nell' interesse dell' acquirente, e come una conseguenza della facoltà di purgare accordatagli dalla legge. Ma qualunque sia lo scopo, onde è stato mosso il legislatore nel prescrivere la inscrizione, certo si è che nel caso del giudizio di purgazione intrapreso dall' acquirente inteso a liberare la sua proprietà da qualunque ipoteca legale di donne o minori, la veste della inscrizione è voluta come una condizione indispensabile alla vita ed alla efficacia di detta ipoteca. Dichiara infatti il legislatore nell'articolo 2195 che gl' immobili venduti passano all' acquirente senza alcun peso a causa delle doti o dell' amministrazione del tutore, se la relativa inscrizione non fu accesa nel corso dei due mesi da che venne affisso l' estratto del contratto. Lungi dunque che l'articolo 2195 lasci sussistere in tutta la sua integrità, come asserisce il Troplong, la disposizione dell' articolo 2135, il confronto di questi due articoli convince pienamente che coll' articolo 2195 ha il legislatore derogato alla massima stabilita dall' antecedente articolo 2135. Con quest' articolo infatti il legislatore proclama il

principio che esiste la ipoteca indipendentemente da qualunque inscrizione in vantaggio dei minori e delle donne maritate. Coll'articolo 2194 al contrario, nel caso speciale contemplato nello stesso articolo, dà la facoltà al terzo possessore di eccitare le mogli ed i minori e le persone che li rappresentano all' adempimento della formalità della inscrizione, e nel successivo articolo 2195 dichiara che, se nel corso dei due mesi dalla fatta diffidazione non sarà accesa la inscrizione in nome delle mogli, dei minori o interdetti, i beni venduti passano all'acquirente senza alcun peso pel titolo delle doti e convenzioni matrimoniali della moglie o dell'amministrazione del tutore. Chi ha fior di senno capisce che se i beni venduti passano all'acquirente liberi dalla ipoteca legale ond'erano gravati prima a favore della moglie o dei minori ed interdetti, appunto perchè non fu accesa la inscrizione nel termine assegnato, la detta ipoteca non può esistere senza la inscrizione. È perciò chiaro che coll'articolo 2195 deroga il legislatore alla disposizione generale dell'articolo 2135, onde è attribuita piena efficacia alla ipoteca legale dei minori e delle donne indipendentemente dalla detta formalità. Si scaglia il Troplong con grande ira e con molto calore contro la smania di dichiarar decaduti i minori e le donne dal diritto di reclamare la prelazione sul prezzo in concorso degli altri creditori, pei quali riesce inutile l'accesa inscrizione, e ciò contro la intenzione del legislatore, che gl'interessi sacri e preziosi delle donne e dei minori volle preferiti a quello dei sovventori (1). Non mi sorprende l'ira del Troplong caldo difensore della ingiusta dispensa accordata dalla legge alla ipoteca legale delle donne e dei minori. Ma di questo sdegno, sfogo inutile di un appassionato e ceco amore ad un ordine di cose già condannato e proscritto dai moderni

(1) « Et quel est donc cet amour de déchéance qui pourrait porter à déclarer la femme et le mineur privés de tout droit sur le prix? Est-ce que le droit du tiers acquéreur n'est pas différent du droit des créanciers? Où est le tort que l'absence de l'inscription fait aux créanciers? Ainsi donc ce serait sans la moindre utilité, et par suite d'une assimilation entièrement fausse, qu'on sacrifierait les droits des femmes et des mineurs, et qu'on leur enlèverait un patrimoine dont *la conservation importe à l'État*, ainsi que le disait M. Portalis en discutant les bases de l'art. 2135. Ce serait par un caprice aveugle que, contre le vœu du Conseil d'État, on leur préférerait *la sûreté des prêteurs*, à qui l'absence d'inscription n'a porté aucun grief!!! » (Troplong, art. 2195, n. 984.)

Codici d' Italia, riderebbero certamente gl' italiani giureconsulti, se non li tenesse la riverenza all' autorità e alla somma dottrina dell' illustre Presidente del Senato Imperiale. E quale scusa hanno le donne ed i minori e chi è destinato per legge a rappresentarli e a tutelarne e proteggerne gl' interessi, certamente sacri e preziosi, per non rispondere all' appello del terzo possessore che coi mezzi legali li scuote dal sonno e dal letargo, e li sprona ad accendere la inscrizione? Se a loro piace la quiete del sepolcro, se loro è molesto il movimento e l' azione, se il rumore del giudizio di purgazione, che assorda le loro orecchie, non ha tanto di forza da svegliarli, dormano in pace, ma portino la pena della ingiustificabile infingardia. *Jura scripta sunt vigilantibus.*

Il Troplong si fa a confutare diverse obbiezioni, e alle sue risposte opporrò anch' io le mie osservazioni. Egli dubita che si possa dedurre la massima contraria alla sua opinione dal confronto dell' articolo 2195 del Codice Civile coll' Editto anteriore del 1771. Io non istarò qui ad esaminare le viete disposizioni di questo Editto, nè mi curerò d' indagare, se esista o no una perfetta simiglianza tra la vecchia legislazione del citato Editto e la nuova del Codice Napoleone. Non mi accade mendicar sussidio da una morta legislazione per difendere una opinione che non ha bisogno di altro appoggio che della disposizione dell' articolo 2195. Ma non posso tenermi dal rispondere alle osservazioni che fa il Troplong intorno alla natura e agli effetti della inscrizione voluta dalla legge moderna. La inscrizione, egli dice, non è che la manifestazione della ipoteca, e non è un atto di esecuzione. Essa conserva il diritto, spesso gli dà rango, sempre lo mette in evidenza, ma giammai lo mette in azione (1). — Concedo che la inscrizione non è un atto di esecuzione; ma ciò non toglie che la medesima, nei casi in cui è richiesta, non sia necessaria alla vita ed alla efficacia della ipoteca. Neppure per le ipoteche convenzionali e giudiziali la inscrizione è un atto di esecuzione, ma ciò nullameno è tanto necessaria alla legale esistenza di dette ipoteche, che senza di essa si hanno per non esistenti e non possono

(1) « L'inscription n'est que la manifestation de l'hypothèque. Mais elle n'est pas un acte d'exécution. Elle conserve le droit; souvent elle lui donne le rang; toujours elle le met en évidence, mais jamais elle ne le met en action. » (Troplong, art. 2195, n. 984 bis.)

attribuire alcun diritto al creditore. Che importa se la inscrizione non è che la manifestazione della ipoteca, quando da tale manifestazione dipende la sua vita ed efficacia? La inscrizione è una forma vivificatrice del diritto d' ipoteca, e senza di essa, ben inteso nei casi in cui è richiesta, il diritto stesso non ha vita (1). Non ammette il Troplong che la inscrizione conserva il diritto? Certamente il diritto della ipoteca deve essere anteriore alla inscrizione. Ma appunto perchè questa è il mezzo di conservare il diritto, il medesimo rimarrà vano ed annullato, se non sarà dalla inscrizione conservato. Nè la inscrizione mette solo in evidenza il diritto della ipoteca, ma dandogli vita gli comunica altresì, come confessa lo stesso Troplong parlando della inscrizione dei privilegi (2), il movimento e l' azione. Del resto il Troplong crede di poter respingere le induzioni che si volessero fare dal confronto dell' articolo 2195 colle disposizioni del citato Editto, in quanto che l' Editto del 1771 e il Codice Napoleone s' accordano soltanto nel proclamare la libertà del fondo in mano del terzo possessore, mentre, quanto al prezzo dello stesso fondo, il citato Editto richiedeva la opposizione dei creditori alla distribuzione del detto prezzo sotto pena di decadenza dai loro diritti, laddove l' articolo 2135 decide che la ipoteca legale delle donne e dei minori produce tutto il suo effetto tra i creditori che disputano del prezzo indipendentemente da qualunque inscrizione (3). — Non era punto necessario che fosse esplicitamente dichiarata la decadenza delle donne e dei minori dal diritto di domandar grado nella distribuzione del prezzo, perchè una tal pena è la conseguenza naturale ed inevitabile della morte del diritto ipotecario, avvenuta per la mancanza della inscrizione entro il prescritto termine dei due mesi. Nè giova il ricorrere, come fa il Troplong, alla sola disposizione dell' articolo 2135 isolatamente considerata; ma è d' uopo combinar questa coll' altra dell' articolo 2195, la quale ultima fa tacere la prima nel caso appunto che le donne ed i minori furono

(1) Grenier, tome II, n. 362.

(2) « Le privilège a son fondement et son existence dans la nature même de la convention. Mais cette existence est condamnée à l'inertie, tant que la publicité ne vient pas lui donner le mouvement et la faculté d'agir au dehors. Ce n'est donc que par l'inscription que le privilège peut se mettre en action. » (Troplong, art. 2106, n. 266.)

(3) Troplong, art. 2195, n. 984 bis.

giuridicamente provocati e posti in mora ad accendere la loro inscrizione.

Passa il Troplong a confutare un Decreto contrario della Corte di Cassazione dell' 11 agosto 1829. Il principal motivo di questo Decreto è il seguente: — Le disposizioni degli articoli 2193, 2194 hanno per iscopo la purgazione dei fondi dalle ipoteche legali non inscritte dei minori e delle donne, le quali rimangono estinte, se non sono inscritte entro il termine di due mesi dall' affissione dell' estratto. Perciò devono venir meno tutti gli effetti che sono propri della ipoteca, e quindi anche il diritto di domandar grado con prelazione sul prezzo, giusta l' assioma: *cessante causa, cessat effectus.* — Il Troplong risponde a questo motivo che quando la ipoteca si estingue in forza del giudizio di purgazione ha luogo *ipso jure* una trasformazione di diritti, perchè il diritto sul fondo si converte in un diritto sul prezzo. E per provare questa verità ricorre all' articolo 2186, dal quale deduce che dopo che il terzo possessore ha compiute tutte le prescritte solennità, e fatto il deposito del prezzo, il fondo rimane libero, e la ipoteca dei creditori non più sul fondo, ma si esercita e si fa valere sul prezzo (1). — Mi perdoni il Troplong, ma nel suo ragionamento si trova appunto quella confusione d' idee, di cui accusa a torto il Decreto della Corte di Cassazione. Quando il terzo possessore, che fa il giudizio di purgazione, ha adempito a tutte le condizioni a lui imposte dal legislatore, e nessun creditore domanda l' incanto, il fondo rimane libero, ed il diritto dei creditori si trasporta dal fondo sul prezzo. Ciò è fuori di dubbio: ma di quali creditori si trasporta il diritto dal fondo sul prezzo? Dei soli creditori che hanno viva sul fondo la loro ipoteca nel momento in cui questo ottiene la libertà. Non può dunque la detta massima applicarsi alle donne ed ai minori che non inscrissero entro i due mesi la loro ipoteca, perchè questa muore per difetto d' inscrizione e per colpa dei creditori o di chi li rappresenta nello stesso punto in cui riman libero il fondo, e le manca perciò la forza di trasportarsi dal fondo sul prezzo. Lo stesso articolo 2186 allegato dal Troplong giova al mio assunto. Giusta quest' articolo, omettendo i creditori inscritti di domandare l' incanto nel termine e nelle forme prescritte, e facendosi dall' acquirente il deposito del prezzo, il fondo resta liberato da ogni

(1) Troplong, art. 2195, n. 985.

privilegio ed ipoteca, ed il diritto dei creditori, come asserisce il Troplong, si trasferisce dal fondo sul prezzo. Ma i creditori, a cui accenna il legislatore col detto articolo, sono i creditori inscritti, quelli cioè che avevano una ipoteca attualmente efficace ed attiva nel momento in cui succede la liberazione del fondo. Dalle accennate osservazioni opposte contro il citato Decreto della Corte di Cassazione pretende dedurre il Troplong, che il diritto di preferenza, lungi dal morire col diritto di perseguitare l'immobile, è destinato a sopravvivergli, e che si può esercitare sul prezzo, quando sia fornito delle condizioni a tal uopo necessarie. Egli distingue nella ipoteca due diritti, cioè il diritto *de suite* esercibile contro il terzo possessore, e il diritto di preferenza. Ma questa distinzione non è assolutamente ammissibile, come avvertii un' altra volta (1). La ipoteca non è che una causa legittima di preferenza, o sia il fondo in potere del debitore, o pure di un terzo possessore. Quando il fondo restò purgato nei modi legali dalle ipoteche sul medesimo radicate, non deve e non può dirsi che il diritto di preferenza sopravvive al diritto *de suite*, ma piuttosto che la ipoteca ha ottenuto il pieno suo effetto, e che perciò vuolsi assegnare al creditore la parte del prezzo dovuta al posto che sul fondo ipotecato occupava la stessa ipoteca. E quando la ipoteca nel momento in cui si operò la purgazione del fondo era già estinta per un vizio suo proprio, ossia perchè mancavagli alcuno dei requisiti necessari alla sua efficacia, nessun diritto può esercitare sul prezzo del fondo il creditore, perchè questi può avere diritto sul prezzo del fondo solo in quanto aveva sullo stesso fondo una ipoteca fornita di tutti gli elementi indispensabili alla sua efficacia. I tre esempi che adduce il Troplong per provare che il diritto di preferenza sul prezzo può sopravvivere, non ostante che nel momento in cui si opera la purgazione del fondo la ipoteca non abbia tutti i requisiti necessari alla sua legale efficacia, ad altro non servono che a far spiccare sempre più l'errore in cui è incorso. Il primo esempio arrecato è quello del Tesoro, che ha due mesi per inscrivere il suo privilegio pel rimborso delle spese di un giudizio criminale. Dice il Troplong che se il debitore vende un fondo gravato dal detto privilegio non inscritto, e l'acquirente fa la trascrizione del suo contratto, il fondo rimane libero dal privilegio del Tesoro, il quale però

(1) N. 1066, pag. 90: n. 1067, pag. 95.

può far valere il diritto di preferenza sul prezzo, purchè accenda la inscrizione entro il termine assegnatogli dei due mesi (1). Come! Ammette il Troplong che colla trascrizione fatta dall'acquirente il fondo rimase purgato dal privilegio del Tesoro, e ciò non ostante accorda a questo il diritto di prendere la inscrizione entro i due mesi, per potere reclamare il diritto di preferenza sul prezzo? Ma la inscrizione deve sempre essere accesa sul fondo gravato dal privilegio o dalla ipoteca. Come potrà dunque il Tesoro chiedere la inscrizione sul fondo, sul quale cadeva il suo privilegio, se un tal fondo dopo i 15 giorni dalla trascrizione restò libero e sciolto dai privilegi e dalle ipoteche non inscritte? Non dice lo stesso Troplong che la inscrizione è la manifestazione del diritto d'ipoteca (2)? E quando la ipoteca o il privilegio sono scomparsi dal fondo, non hanno più esistenza, perchè non può concepirsi una ipoteca o un privilegio senza il subbietto che li sostenga e sorregga. Come può dunque la inscrizione accesa dal Tesoro essere la manifestazione della esistenza del suo privilegio, se questo ha cessato di esistere, e il fondo gravato ha acquistata la sua libertà? La stessa risposta vale a confutazione degli altri due esempi allegati dal Troplong, quello cioè del condividente, e l'altro del privilegio della separazione dei patrimoni (3). Il diritto di preferenza sul prezzo non è che l'eser-

(1) « Eh bien! supposons que l'immeuble grevé par ce privilège vienne à être vendu, et que le Trésor n'ait pas pris inscription dans la quinzaine de la transcription arrivée avant les deux mois; il arrivera que l'immeuble sera purgé, que le droit de suite sera éteint, que l'hypothèque n'existera plus sur la chose; et néanmoins le Trésor conservera son droit de préférence sur le prix en s'inscrivant dans les deux mois. » (Troplong, art. 2195, n. 985.)

(2) « L'inscription est le signe le plus éclatant de l'existence de l'hypothèque. » (Troplong, art. 2180, n. 882.) — « L'inscription n'est que la manifestation de l'hypothèque. » (Troplong, art. 2195, n. 981 bis.)

(3) « Le copartageant a soixante jours pour s'inscrire. Mais si la vente du fonds affecté à la soulte est faite et transcrite pendant ces soixante jours, et que le privilège ne soit pas inscrit dans la quinzaine, l'immeuble est purgé, il passe à l'acquéreur exempt de charges hypothécaires. Mais le droit de préférence survit, et, pour qu'il s'exerce, il suffit que le copartageant s'inscrive dans les soixante jours. . . . . La vente des biens héréditaires purge de plein droit le privilège de séparation des patrimoines; mais, porvu qu'il y ait inscription dans les six mois, le droit de préférence subsiste sur le prix non distribué. » (Troplong, art. 2195, n. 985.)

cizio del diritto d'ipoteca, e, dirò così, l'attuazione della stessa ipoteca che aggiunge lo scopo a cui mirava. Perchè dunque possa il creditore reclamare sul prezzo che rappresenta il fondo purgato, il diritto di preferenza, è assolutamente necessario che in sul punto in cui il fondo rimane purgato, ossia in sul momento in cui il fondo in certo modo si mobilizza e viene sostituito e rappresentato dal prezzo, la ipoteca sia in tutte le sue parti perfetta, e nessuno le manchi degli elementi necessari alla sua vitalità e piena efficacia. Imperocchè non può stare che una ipoteca imperfetta od estinta nel momento in cui il creditore può e deve realizzarla sul prezzo del fondo ipotecato, possa essergli utile ed attribuirgli quel diritto di preferenza, che della ipoteca è lo scopo e l'ultimo risultato (1).

Per provare che il diritto di preferenza sopravvive al diritto *de suite*, ossia al diritto di molestare il terzo possessore, ricorre finalmente il Troplong all'articolo 2198. Quest'articolo dispone che lo stabile, in ordine al quale il Conservatore avesse omesso ne' suoi certificati di riferire uno o più pesi inscritti, rimane libero da tali pesi nel nuovo possessore, salva la risponsabilità del Conservatore, purchè il nuovo possessore abbia richiesto il certificato dopo la trascrizione del suo titolo; *senza pregiudizio però del diritto dei creditori di farsi collocare secondo il rispettivo loro grado, sino a che il prezzo non sia stato pagato dal compratore, ovvero sino a che la graduazione fra i creditori non sia stata omologata.* Ecco, grida il Troplong, che il fondo rimane libero nelle mani del terzo possessore dalle ipoteche non menzionate nel certificato del Conservatore, e ciò nullameno il creditore ha il diritto di farsi collocare sul prezzo. E da questo articolo argomenta, che anche nel caso dell'articolo 2195 resterà libero nelle mani dell'acquirente il fondo, sul quale non fu accesa alcuna inscrizione in nome della moglie o dei minori, e che ciò nonostante dovrà accordarsi a questi il diritto di preferenza sul prezzo. Ma dalla speciale ed eccezionale disposizione dell'articolo 2198, non può il Troplong dedurre il principio generale, che il diritto di preferenza sopravvive al diritto *de suite*, e non può dal caso contemplato nel detto articolo argomentare al caso di cui si discorre, ed estendere a questo la massima collo stesso articolo stabilita. E infatti, sebbene

(1) Vol. II, n. 443, pag. 252.

il Conservatore abbia omesso nel certificato alcune inscrizioni, la omissione di lui non può fare che le inscrizioni omesse non sieno accese e non gravitino in tutta la loro pienezza sui fondi ipotecati. Per un riguardo al terzo possessore, che non deve supporre erroneo ed inesatto il certificato, la legge sottrae lo stesso possessore al pericolo dell' azione ipotecaria, e dichiara perciò libero il fondo dai pesi di cui non fu fatta menzione nel certificato. Ma la verità di fatto si è che le omesse inscrizioni sono realmente vive sul fondo, e che i creditori non hanno per qualche loro colpa pregiudicato alla esistenza ed alla efficacia delle loro ipoteche. Voleva dunque la equità, ed anzi la giustizia, che le omesse inscrizioni dovessero ottenere il pieno loro effetto in faccia almeno agli altri creditori, i quali non devono approfittare della negligenza e della colpa del Conservatore per respingere dal prezzo i legittimi creditori debitamente inscritti. La cosa procede diversamente nel caso di cui ora si parla. La legge dispensa certamente le ipoteche dei minori e delle donne dall' obbligo della inscrizione, ma nel caso che un terzo possessore voglia liberare il proprio fondo da un tal peso, abilita lo stesso possessore a provocare la inscrizione delle stesse ipoteche, che vengono in questo caso speciale condannate alla condizione della pubblicità. Se le donne ed i minori non accendono entro il termine fissato dalla legge la loro inscrizione, la ipoteca vien meno e scomparisce dal fondo per colpa loro o delle persone che ne tutelano gl' interessi. Ed è perciò giusto e naturale che nessun diritto possano esercitare sul prezzo che rappresenta il fondo in nome di una ipoteca mancante di una condizione necessaria per volontà di legge alla sua legale esistenza, e perciò estinta per propria colpa e negligenza. A torto ricorre il Troplong all' articolo 2198, perchè il confronto di questo coll' articolo 2195 fornisce anzi una prova non dubbia in conferma della mia opinione. E infatti l' articolo 2198 dichiara libero il fondo dai pesi omessi nel certificato, ma contemporaneamente fa in favore dei creditori due esplicite riserve: l' una, contro il Conservatore — *salva la risponsabilità del Conservatore*, — l' altra, riguardo al diritto espressamente accordato agli stessi creditori di farsi collocare sul prezzo — *senza pregiudizio però del diritto dei creditori di farsi collocare secondo il rispettivo loro grado, sino a che il prezzo non sia stato pagato dal compratore.* — Al contrario nell'ar-

ticolo 2195 il legislatore dichiara che i fondi venduti passano all' acquirente senza alcun peso a causa delle doti, ricupere e convenzioni matrimoniali della moglie, o dell' amministrazione del tutore, e riserva il semplice regresso, ove siavi luogo, contro il marito e contro il tutore. Non è fatta parola in questo articolo del diritto delle donne e dei minori di farsi collocare sul prezzo. Perchè un tale silenzio? Non è qui il caso di applicare la massima — *ubi voluit, dixit?* —

Il Troplong ammette che in certi casi la purgazione delle ipoteche estingue altresì il diritto di preferenza, ma dice che ciò ha luogo solo quando la estinzione del diritto *de suite* avviene in un momento, in cui la ipoteca non ha tutti i requisiti necessari per essere esercibile in faccia ai creditori. Quindi conclude che i minori e le donne potranno esperimentare il diritto di preferenza sul prezzo, perchè in faccia ai creditori la ipoteca loro è perfetta ed esercibile senza bisogno della inscrizione (1). Il Troplong senza volerlo dà nella rete: imperocchè appunto le donne ed i minori non possono esercitare sul prezzo il diritto di preferenza, perchè nel momento in cui succede la purgazione del fondo, la ipoteca loro manca del requisito voluto dalla legge alla loro efficacia, quello cioè della inscrizione. Non dica che in faccia ai creditori la ipoteca legale dei minori e delle donne è perfetta e pienamente efficace senza la inscrizione, perchè la dispensa che loro fu accordata coll' articolo 2135 tace nel caso del giudizio di purgazione in forza della disposizione degli articoli 2194 e 2195, che obbligano le donne ed i minori in termini assoluti ad accendere la inscrizione delle loro ipoteche. La ipoteca legale delle donne e dei minori finchè può dormire tranquillamente un placido sonno, non ha certamente bisogno della inscrizione per reggersi in vita, sia che il fondo resti in potere del debitore, sia che passi in mano di un terzo possessore, ed è verissimo che la detta ipoteca anche senza inscrizione accompagna

(1) « Je ne nie pas que, dans certains cas, le purgement de l'hypothèque n'éteigne à la fois le droit de suite et le droit de préférence. Cela arrive toutes les fois que l'extinction du droit de suite survient à une époque où l'hypothèque manque d'une de ses conditions pour valoir entre créanciers, et où l'on n'est plus à temps de la remplir. Mais que manque-t-il à l'hypothèque des femmes et des mineurs pour valoir entre créanciers? N'est-elle pas complète sans inscription? L'art. 2135 répond à cette question. » (Troplong, art. 2195, n. 985.)

il fondo nel passaggio che fa questo dall'uno all'altro possessore. Se così non fosse, il legislatore non avrebbe imaginato il modo di purgare i fondi passati in mano di un terzo possessore dalle ipoteche legali dei minori e delle donne, con forme e solennità speciali distinte da quelle che furono stabilite per la purgazione dei fondi dalle ipoteche ordinarie sottoposte alla formalità della inscrizione. Ma arriva il giorno, in cui la ipoteca legale dei minori e delle donne è scossa dal suo sonno, che le può esser rotto legittimamente dalla tromba del terzo possessore che la chiama a battaglia. Allora non le è più lecito poltrire; allora deve armarsi anch'essa di tutto punto per esser presta al combattimento. L'arme della ipoteca è la inscrizione: senza di questa non le è permesso presentarsi alla lizza e mischiarsi alla folla dei combattenti, da cui la respinge la spada inesorabile del legislatore. Ecco la sorte delle ipoteche legali dei minori e delle donne, quantunque volte il grido di guerra, onde la scuote il terzo possessore aspirante alla libertà ed alla indipendenza, la sforza suo malgrado alla pugna. Il Troplong stesso distingue nella ipoteca legale dei minori e delle donne un diritto *de suite* attivo (*actif*) e un diritto *de suite* ozioso (*oisif*). Ammette che il primo non può essere esercitato mai senza la inscrizione, e che però senza di questa le donne ed i minori non possono chiedere nè il rilascio, nè l'incanto del fondo (1). Ammette insomma che quando la suddetta ipoteca si toglie dall'ozio e si mette in azione e in movimento deve essere inscritta. Ebbene: anche quando la ipoteca, di cui si discorre, dimanda grado sul prezzo, cessa dal dormire e passa dallo stato di quiete al movimento dell'azione. Non importa che

(1) « Il y a un droit de suite actif et qui se réalise par des poursuites. Il y a un droit de suite purement oisif, qui charge l'immeuble sans agir contre celui qui le détient. Le droit de suite actif a lieu lorsque l'hypothèque se met en mouvement et veut forcer le tiers détenteur à délaisser, ou bien lorsqu'elle prétend exercer une surenchère. Alors, il faut une inscription quand même l'hypothèque serait légale . . . . . Ceci posé, tant que l'hypothèque légale n'aura pas cherché à provoquer le délaissement, tant qu'elle aura renoncé à surenchérir, tant qu'elle se sera maintenue dans son repos, attendant l'heure de la distribution, il n'y aura pas d'objection a lui faire: car, sans inscription, elle aura été imprimée sur l'immeuble entre les mains du tiers détenteur, et sans inscription aussi elle aura droit à passer de l'immeuble sur le prix et à y prendre part entre créanciers. » (Troplong, art. 2195, n. 986.)

la causa dell' azione sia spontanea o pur forzata, perchè il terzo possessore ha tutto il diritto di eccitare all' azione ed al moto le ipoteche legali dei minori e delle donne, ricorrendo al rimedio del giudizio di purgazione. Se dunque il Troplong confessa che la detta ipoteca ha d' uopo della inscrizione allora che scossa dal sonno e dal letargo si mette in moto, dovrà confessare altresì esserle necessaria la inscrizione per chieder grado sul prezzo, perchè con una tale dimanda passa in realtà dalla inerzia e dalla quiete all' attività ed al moto colla stessa forza ed energia che da lei si spiega, allora che svegliandosi spontaneamente si fa a chiedere il rilascio, o provocata dal terzo possessore dimanda l' incanto. A torto dice il Troplong che adottandosi la opinione da lui combattuta, si toglie ogni forza alla disposizione dell'articolo 2135 (1). No: non rimane pur troppo oziosa ed inutile la malaugurata disposizione dell' articolo 2135. Imperocchè sotto l' ombra di questa disposizione la ipoteca legale dei minori e delle donne può dormire tranquilla un sicuro sonno, senza timore di perdere il suo posto, sino al giorno in cui il terzo possessore la chiama alla pugna, ed anche suonata l' ora del combattimento, venuto pur anche il giorno in cui è forzata ad indossare le armi, l' accesa inscrizione non è mai la misura del grado, il quale le viene dalla disposizione dell' articolo 2195 assicurato dal giorno del matrimonio o dell' assunta amministrazione della tutela. Per queste ragioni concludo che le donne ed i minori che non accesero la inscrizione entro il termine dei due mesi stabilito dall' articolo 2195, non potranno comparire nel giudizio d' ordine e chieder grado sul prezzo.

1254. Se le donne ed i minori accendono le loro inscrizioni entro il prescritto termine dei due mesi, o sono queste primeggiate da altre inscrizioni anteriori, o hanno il primo posto. Nel primo caso il terzo possessore può liberamente e senza alcun pericolo pagare col prezzo i creditori anteriori, e pretendere la cancellazione delle inscrizioni delle donne e dei minori. I diritti posteriori delle donne e dei minori che non hanno un utile grado, non possono in alcun modo impedire la piena liberazione del fondo e del terzo possessore che vuole sdebitarsi dell'obbligo

(1) « L'art. 2135 est toujours le point auquel il faut en revenir, à moins qu'on ne veuille faire de cet article une disposition inerte et inapplicable toutes le fois qu'elle serait utile. » (Troplong, art. 2195, n. 987.)

del pagamento del prezzo. Perciò se le donne ed i minori intendono esercitare il diritto, che loro non può essere negato, di chiedere l'incanto, devono farne la dimanda, come già si disse, nello stesso termine dei due mesi loro assegnato per prendere la inscrizione, appunto perchè dopo il detto termine il possessore ha diritto di pagare i creditori anteriori, di liberarsi per tal modo dal debito del prezzo, e di ottenere la cancellazione delle inscrizioni posteriori che non hanno posto sul prezzo (1). Se poi le ipoteche inscritte delle donne e dei minori sono anteriori alle inscrizioni degli altri creditori, in tal caso decide l'articolo 2195 che l'acquirente non potrà fare alcun pagamento di prezzo in pregiudizio di dette ipoteche. Dalla quale disposizione, come altra volta fu notato, hanno alcuni Interpreti, e tra gli altri il Tarrible ed il Persil (2), dedotta la falsa conseguenza che quando i diritti delle donne e dei minori sono ancora incerti e sospesi, il terzo possessore non può ottenere la liberazione del fondo e la cancellazione delle loro inscrizioni, e che deve trattenere in sua mano il prezzo sino a che si verifichi il giorno del loro pagamento. Non puossi accettare questa esagerata conseguenza. La legge non vuol altro se non che il terzo possessore non pregiudichi col pagamento del prezzo, ai diritti anteriori delle donne e dei minori. Qualunque temperamento quindi, che non torni in danno dei diritti non ancora verificati delle donne e dei minori, è conciliabile colla citata disposizione, e potrà perciò il terzo possessore o trattenere in mano il prezzo, o farne deposito. Imperocchè col deposito, lungi che l'interesse delle donne e dei minori soffra danno, resta anzi da qualunque pericolo garantito ed assicurato. Gli sarà lecito ancora pagare il prezzo ai creditori posteriori sì veramente che questi si obblighino di restituire alle donne ed ai minori le somme ricevute, verificandosi la esigibilità dei sospesi crediti, e ne assicurino la restituzione con idonee e incontrovertibili cauzioni (3).

1255. È gran questione tra gl' Interpreti, se l' aggiudicatario di un fondo venduto in un regolare giudizio di espropriazione sia tenuto all' adempimento delle forme prescritte nel capo IX per liberare l' acquistata proprietà dalle ipoteche legali non

(1) Persil, art. 2195, n. 4, 5 e 6.
(2) Rep., *Transcrip.*, § 7, n. 7. — Persil, art. 2195. n. 7.
(3) Troplong, art. 2195, n. 993.

inscritte dei minori e delle donne, e a questa questione diede maggiore importanza un Decreto della Corte di Cassazione di Parigi del 22 giugno 1833, il quale contraddicendo alla massima già stabilita su questo punto dalla giurisprudenza francese e da altri Decreti della stessa Corte, ebbe a decidere che l'aggiudicatario non può essere dispensato dalla osservanza delle accennate forme. Io non posso inchinarmi con ceco omaggio al detto Decreto, e tengo per fermo che tutti i giureconsulti che sanno essere indipendenti, faranno plauso alla dottissima dissertazione, onde il Troplong lo confuta e combatte. Ed è di gravissimo peso in questa questione l'autorità del Troplong caldo partigiano e difensore della ipoteca legale occulta dei minori e delle donne, il quale non si rimane dal dire che il citato Decreto della Corte di Cassazione irrita giustamente i somministratori e gli acquirenti contro i privilegi già soverchi, concessi dalla legge alle donne ed ai minori (1). Le ragioni che addussi più sopra (2) per provare che, nel caso della vendita forzata, l'aggiudicatario non ha bisogno di fare la trascrizione del decreto di aggiudicazione e di adempiere le altre solennità stabilite nel capo VIII per la liberazione del fondo dai vincoli ipotecari, convincono altresì che l'aggiudicatario non ha d'uopo di purgare il fondo colle forme indicate nel capo IX dalle ipoteche legali esenti dalla inscrizione. Mi limito perciò, per non ripetere le cose dette, a riportare qui sotto, in conferma della mia opinione, le parole di un anteriore Decreto della stessa Corte di Cassazione di Parigi del 21 ottobre 1821, come quello che contiene i principali argomenti atti a dimostrare luminosamente, che le formalità del giudizio di espropriazione purgano di per

(1) « Aussi, je dirai, avec une franchise de langage que la Cour Suprême est digne d'entendre par sa haute impartialité et par son amour pour la vérité, que son dernier arrêt m'a laissé avec une conviction conforme à sa première jurisprudence. Il porte atteinte au crédit, il surcharge les mutations de propriétés de frais et de longueur, il fatigue les acquéreurs par un luxe de formalités interminables, il irrite les prêteurs et les adjudicataires contre les privilèges déjà si grands des femmes et des mineurs, tellement qu'on finira, tant l'animadversion sera grande, par être forcé d'enlever à ces personnes des garanties qui sont infiniment utiles et salutaires. Pour mon compte, je désire vivement que les Cours Royales s'arment d'une résistance courageuse, qui seule pourra rétablir les vrais principes, ou forcer le législateur à intervenir. » (Troplong, art. 2195, n. 996.)

(2) N. 1191, pag. 442.

sè sole il fondo aggiudicato da tutti i vincoli ed oneri ipotecari sul medesimo gravitanti (1).

1256. Il Codice del Regno delle due Sicilie, quanto alla trascrizione dei contratti che trasferiscono la proprietà degl' immobili, o dei diritti reali considerati come immobili, ripete negli articoli 2075 e 2076 le disposizioni degli articoli 2181 e 2182 del Codice Napoleone. Adottando però la massima stabilita dall' articolo 834 del Codice Napoleone di Procedura, dispone nell' articolo 2077 che « pria che si esegua la trascrizione del titolo traslativo di proprietà, e fra 15 giorni al più tardi dopo la medesima, sarà permesso a' creditori dell' alienante d' inscrivere i loro titoli anteriori all' atto dell' alienazione; » e che « scorso

(1) « Attendu que, loin qu'aucune loi assujettisse l'adjudicataire sur expropriation forcée à purger les hypothèques dont pouvait être grevé l'immeuble qui lui a été adjugé, il résulte en premier lieu, de la combinaison du chapitre 8 avec le chapitre 9 du tit. 18 du Code civil, que ce Code, en traitant des hypothèques, quelles qu'elles soient, légales ou autres, n'a eu en vue que la *vente volontaire*, ou la donation de l'immeuble grevé;

» Qu'il résulte, en deuxième lieu, des art. 749 et 750 du Code de Procédure civile, que cet adjudicataire, après la signification du jugement d'adjudication ou de l'arrêt confirmatif, s'il y a eu appel, n'a plus rien à faire avant de requérir qu'il soit procédé à l'ordre et à la distribution du prix;

» Qu'il résulte en troisième lieu, et d'une manière explicite, de l'art. 775 du même Code, que l'art. 2194 du Code civil n'est point applicable à l'expropriation forcée, puisque cet art. 775 déclare positivement que ce n'est que dans le cas d'aliénation autre que celle par expropriation, que l'ordre sera provoqué par l'acquéreur, après l'expiration des 30 jours qui suivront les délais prescrits par les art. 2185 et 2194 du Code civil;

» Attendu que l'on ne peut pas argumenter de ce qui se pratique dans le cas de la vente par licitation, ou de celle par cause d'utilité publique, parce que ces ventes, quoique judiciaires, étant considérées comme volontaires, ne sont pas soumises à toutes les formalités requises pour les ventes par expropriation forcée;

» Attendu que l'exécution de toutes ces formalités suffit pour éveiller l'attention des créanciers qui ont une hypothèque légale, indépendante de toute inscription, et que la multitude et la multiplicité de ces formalités jointes à la longue durée de la procédure, et au grand nombre de personnes chargées par la loi de prendre inscription pour les femmes et les mineurs, ont déterminé le législateur à regarder comme surabondantes et superflues, dans le cas de vente sur saisie immobilière, les formalités prescrites par l'art. 2194 du Code civil. »

questo termine, ogni iscrizione sarà loro vietata, nè produrrà alcun utile effetto. » Dispone inoltre nell'articolo 2080, attenendosi allo stesso principio, che « malgrado la già seguita trascrizione del titolo traslativo di proprietà, i creditori privilegiati anteriori all' alienazione, avran diritto d' inscrivere sul fondo alienato i loro privilegi, purchè ciò si faccia al più tardi tra quindici giorni dopo la trascrizione suddetta; senza pregiudizio degli altri diritti risultanti al venditore ed agli eredi dagli articoli 1994 e 1995 (1). » Anche secondo il Codice delle Due Sicilie la trascrizione è una semplice formalità del giudizio di purgazione, e non è punto necessaria alla trasmissione della proprietà nell' alienatario. Dichiara perciò l' articolo 2078 del detto Codice che « qualunque privilegio o ipoteca posteriore all' alienazione non nuoce al nuovo proprietario, nè potrà inscriversi sul fondo alienato, tuttochè non sia seguita la trascrizione dell' atto traslativo di proprietà. » In conferma dello stesso principio che la trascrizione del contratto di alienazione non è punto necessaria alla trasmissione della proprietà, l' articolo 2081 dello stesso Codice dispone che « se taluno venda a due persone lo stesso fondo in tempi diversi, il primo compratore, giustificando il suo acquisto con iscrittura autentica o con atto privato che abbia data certa, sarà sempre preferito al secondo, tuttochè questi sia stato più sollecito a trascrivere il suo titolo; » e che « sarà salvo soltanto al secondo compratore il diritto di agire contra il venditore come stellionario, e per essere rifatto dal medesimo di ogni danno ed interesse. » Abbiamo più sopra (2) fatto menzione del dubbio lasciato dal Codice Napoleone, se fossero di trascrizione capaci gli atti di alienazione stipulati con semplici scritture private. Questo dubbio fu tolto dall' articolo 2079 del Codice delle Due Sicilie, il quale dispone che « potrà trascriversi l' acquisto fatto non solo con atto autentico, ma anche con iscrittura privata, purchè sia debitamente registrata. » Tutte le altre disposizioni del Codice Napoleone contenute sotto il capo VIII — *Del modo di render libere le proprietà dai privilegi e dalle ipoteche* — sono ripetute

(1) La disposizione dell' articolo 1994 citato nell' articolo 2080 è la ripetizione dell' articolo 2108 del Codice Napoleone; e parimenti la disposizione dell' altro articolo 1995 è la ripetizione dell' articolo 2109 dello stesso Codice Napoleone. — Vol. II, n. 428, pag. 230: n. 446, pag. 261.

(2) N. 1190, pag. 441.

dal Codice delle Due Sicilie sotto il capitolo VIII — *Della trascrizione e de' suoi effetti*, *e del modo di render libere le proprietà da' privilegi e dalle ipoteche.* — Alle citate disposizioni del Codice Napoleone fu aggiunta soltanto nell'articolo 2091 del Codice delle Due Sicilie la seguente: « Per purgarsi le ipoteche legali che ha il Tesoro Pubblico sugl'immobili de' contabili che si trovano già fuori dell'esercizio loro affidato, è necessario notificare il Tesoro o l'Intendente, il quale sarà tenuto tra il periodo di tre mesi, a contare dalla intimazione avuta, di formare e depositare nella Cancelleria del Tribunale Civile della provincia o valle ove esistono i beni venduti, un certificato che dimostri la situazione del contabile. Se il certificato non sia stato depositato tra 'l detto termine, l'inscrizione rimarrà tolta di diritto, e senza che vi sia bisogno di sentenza. L'inscrizione rimarrà parimente tolta nel caso in cui il certificato attesterà che il contabile non è debitore. » Anche sotto il capo IX — *Del modo di liberarsi dalle ipoteche, quando non esista inscrizione su' beni de' mariti e de' tutori* — il Codice delle Due Sicilie ripete negli articoli 2093, 2094 e 2096 le disposizioni degli articoli 2193, 2194 e 2195 del Codice Napoleone. Aggiunge soltanto nell'articolo 2095, ad imitazione degli articoli 6 e 7 del già citato Decreto del 12 dicembre 1812, la seguente disposizione: « Se la donna, o coloro che la rappresentano, ovvero il tutore surrogato, non sono conosciuti dal compratore, basta dichiarare nella notificazione da farsi al Procurator Regio, che non essendo le suddette persone conosciute, la notificazione sarà pubblicata, facendosi inscrivere ne' giornali, nel modo prescritto dalle *leggi della procedura ne' giudizi civili*. Se non vi sono giornali nella provincia o valle, ne sarà certificata la mancanza dal Procurator Regio, a richiesta del compratore. Il termine di due mesi stabilito nel precedente articolo non comincerà a correre che dal giorno in cui la notificazione sarà inserita ne' giornali, o dal dì in cui sarà rilasciato il certificato suddetto. »

1257. Il Codice di Parma ripete, riguardo alla trascrizione dei contratti di alienazione dei beni immobili, la disposizione dell'articolo 2181 del Codice Napoleone; ma togliendo sapientemente il dubbio accennato più sopra (1), se abbia bisogno dell'adempimento di una tale formalità l'aggiudicatario nel caso di

(1) N. 1191, pag. 442: n. 1192, pag. 446.

vendita fatta in giudizio, dispone nell'articolo 2219 che « il terzo possessore, che vorrà liberare dai privilegi e dalle ipoteche i beni da lui acquistati *in conseguenza di vendita estragiudiziale, o di vendita volontaria fatta in giustizia, o di donazione*, dovrà fare trascrivere il contratto per intiero dal Conservatore delle Ipoteche, nel cui circondario saranno situati i beni; » e che « questa trascrizione si farà sopra un registro destinato a tale effetto, ed il Conservatore sarà tenuto di darne il certificato a chi lo chiederà. » Il Codice di Parma ripete nell'articolo 2220 le massime stabilite negli articoli 2077 e 2080 del Codice delle Due Sicilie (1). Se non che per la inscrizione dei privilegi e delle ipoteche da accendersi posteriormente alla trascrizione del contratto di alienazione dell'immobile ipotecato, accorda il più lungo termine di giorni quaranta (2). Secondo l'articolo 835 del Codice di Procedura, il terzo possessore che vuol fare il giudizio di purgazione non ha obbligo di fare ai creditori, che non hanno inscrizione anteriore alla trascrizione dell'atto di alienazione, le notificazioni prescritte dagli articoli 2183 e 2184 del Codice Napoleone (3). Da questa dispensa deriva che il terzo possessore appena fatta la trascrizione, anche prima che sieno scaduti i 15 giorni assegnati ai creditori non inscritti ad accendere la inscrizione, può incominciare il giudizio di purgazione e fare le accennate notificazioni ai creditori che hanno una inscrizione anteriore alla detta trascrizione. Il Codice di Parma ha saviamente abolita l'accennata dispensa, ed obbligato il terzo possessore colla disposizione

(1) N. 1256, pag. 584 e 585.

(2) « Fatta la trascrizione, i creditori che hanno diritti d'ipoteca sul fondo acquistati anteriormente alla vendita o donazione, potranno ancora notificarli entro il termine di quaranta giorni dal dì della trascrizione. — Potranno egualmente notificarsi entro il detto termine i privilegi dal creditore acquistati anteriormente alla vendita o alla donazione, purchè non sia trascorso il periodo di tempo stabilito negli articoli 2153, 2154, e 2155 per la loro notificazione; che se questo periodo di tempo fosse trascorso, il creditore potrà tuttavia notificare il privilegio entro il suddetto termine di quaranta giorni, ma in questo caso la notificazione produrrà solamente gli effetti, di cui nell'art. 2157. — Le notificazioni, che si facessero dopo i quaranta giorni da quello della trascrizione, non avranno alcun effetto per riguardo al fondo, di cui si è trascritto il contratto. » (Cod. di Parma, art. 2220.) — N. 1132, pag. 251.

(3) Vol. II, n. 398, pag. 160.

dell'articolo 2221 ad intraprendere il giudizio di purgazione passato il termine dei 40 giorni assegnato coll'antecedente articolo ai creditori non inscritti (1). Secondo il Codice Napoleone le notificazioni ai creditori inscritti, di cui fa parola l'articolo 2183, possono farsi dal terzo possessore o avanti che sia intentata contro di lui l'azione ipotecaria, o dentro un mese al più tardi da computarsi dalla prima fattagli intimazione. Modificando il Codice di Parma la citata disposizione dell'articolo 2183 del Codice Napoleone, dispone nell'articolo 2223, che la significazione, di cui parla il succitato articolo 2221, « in caso di compera estragiudiziale può farsi dall'acquirente in ogni tempo, finchè non sia promossa contro di lui alcuna molestia per parte de' creditori; » che « in caso di molestia la suddetta significazione dovrà farsi entro cinquanta giorni al più tardi dall'intimazione delle molestie; » e che « se la vendita fatta è giudiziale, la detta significazione dovrà da lui farsi egualmente entro cinquanta giorni al più tardi da quello dell'aggiudicazione. » Il lodato Codice ripete poi nell'articolo 2224 la disposizione dell'articolo 2185 del Codice Napoleone, restringendo però a soli venti giorni il tempo entro il quale i creditori possono chiedere l'incanto del fondo dopo la significazione fatta ad istanza del terzo possessore. Il Codice Napoleone colla disposizione del citato articolo 2185 accorda la facoltà di domandare che l'immobile sia posto all'incanto a qualunque creditore *di cui è inscritto il titolo.* Il Codice di Parma

(1) « Passato il termine de' quaranta giorni, di cui nell'articolo antecedente, il terzo possessore dovrà significare ai creditori, che avranno fatta la notificazione de' loro diritti sul fondo, e nel domicilio da essi eletto, 1° l'estratto del suo documento contenente soltanto la data e la qualità dell'atto, il nome, e l'indicazione precisa del venditore, o del donante, la natura, e la situazione della cosa venduta, o donata, e trattandosi d'un corpo di beni la denominazione almen generale della tenuta, e dei distretti, in cui si trova situata, il prezzo, ed i carichi formanti parte del prezzo della vendita, o la valutazione della cosa, se questa è stata donata; 2° l'estratto della trascrizione dell'atto di vendita, o donazione; 3° una tabella in tre colonne, la prima delle quali conterrà la data delle ipoteche o de' privilegi, e quella delle notificazioni; la seconda il nome de' creditori; la terza il montare de' crediti notificati. » (Art. 2221.) — « L'acquirente, o il donatario dichiarerà col medesimo atto ch' egli è pronto a soddisfare immediatamente ai debiti e carichi ipotecarj pel montare del prezzo, senza distinzione di debiti esigibili, e non esigibili, *ed anche derivanti da costituzione di rendita perpetua.* » (Art. 2222.)

coll'articolo 2225 (1) estende una tale facoltà anche ai creditori non inscritti e persino ai chirografari. La qual disposizione è, a parer mio, degna di giusta critica e censura, imperocchè i creditori chirografari non avendo alcun diritto reale sui beni del debitore, nessuna azione possono esercitare sui fondi passati in potere di un terzo possessore, e i creditori ipotecari, che non resero efficace colla formalità della inscrizione il loro privilegio od ipoteca, si hanno in faccia ai terzi in conto di semplici creditori personali. Ripete poi il Codice di Parma negli articoli 2226 e 2227 senza alcuna modificazione le disposizioni degli articoli 2186 e 2187 del Codice Napoleone. Ripete altresì nell'articolo 2228 la disposizione dell'articolo 2188 del Codice Napoleone; ma di più aggiunge nella seconda parte che « l'aggiudicatario è pur tenuto, a termine di ragione, di pagare le spese ed i miglioramenti, che il compratore o donatario avesse fatti sul fondo, sino però al montare del maggior valore che ne è provenuto. » Nella prima parte dell'articolo 2229 conferma la massima stabilita dall'articolo 2189 del Codice Napoleone che cioè « l'acquirente, o il donatario che si mantiene in possesso dell'immobile esposto all'incanto per essere stato il maggior offerente, non è in obbligo di fare trascrivere la sentenza di aggiudicazione. » Dichiara però nella seconda parte dello stesso articolo che « qualunque altro aggiudicatario avrà bensì l'obbligo di fare trascrivere la sentenza di aggiudicazione, ma la trascrizione dovrà esserne fatta dal Conservatore gratuitamente. » Colla quale dichiarazione fu tolta la questione che si fa dagl' Interpreti del Codice Napoleone, se l'aggiudicatario diverso dal terzo possessore che intraprese il giudizio di purgazione debba o no fare la trascrizione del decreto di aggiudicazione (2). Il Codice Napoleone nulla dispone intorno al tempo dal quale incominciar deve il possesso

(1) « La dimanda che lo stabile sia posto nuovamente in vendita potrà farsi anche dai creditori ipotecarj o privilegiati, il cui titolo non sia notificato, non che dai creditori chirografarj sotto le condizioni prescritte nell'articolo precedente, purchè all'atto della dimanda il loro credito sia giustificato da pubblico istromento, o da scrittura privata avente data certa. Il documento sarà annesso all'atto della dimanda, e in caso di contestazione il Tribunale pronuncierà in via sommaria, e inappellabilmente sull'ammissione della dimanda, salvo a conoscere definitivamente della realtà del credito nel giudizio d'ordine. » (Art. 2225.)

(2) N. 1240, pag. 545.

in favore del maggiore offerente, a cui fu aggiudicato il fondo. Ma il Codice di Parma dichiara nell'articolo 2230 che « se l'aggiudicazione non è fatta all' acquirente, questi non sarà tenuto a cedere il fondo al nuovo aggiudicatario che al fine dell'anno rusticale; » e che « sino a questo tempo egli resterà debitore de' frutti del prezzo del suo acquisto. » Dichiara altresì nella seconda parte dello stesso articolo che « se il fondo aggiudicato è una casa, l'acquirente non sarà tenuto di cederla al nuovo aggiudicatario se non alla scadenza del termine, nel quale considerato come inquilino avrebbe potuto secondo la consuetudine del luogo esserne licenziato; » e che « sino a questo tempo l'acquirente godrà dell'abitazione della casa, o ne percepirà le pigioni, e resterà a vicenda obbligato a corrispondere i frutti del prezzo del suo acquisto. » Finalmente il Codice di Parma ripete negli articoli 2231, 2232 e 2233 le disposizioni degli articoli 2190, 2191 e 2192 del Codice Napoleone.

Il Codice Napoleone distingue due categorie d'ipoteche, le une soggette all'obbligo della inscrizione, le altre da questa formalità dispensate. Perciò diverse forme ordina e prescrive nei distinti capi VIII e IX per la purgazione dei fondi alienati dalle ipoteche sui medesimi esistenti. Il primo riguarda il modo di render libere le proprietà dai privilegi e dalle ipoteche inscritte: il secondo indica il modo di far liberi i fondi dalle ipoteche legali non inscritte delle mogli, e dei minori od interdetti. Tutte le ipoteche, secondo il Codice di Parma, devono essere notificate, o sieno legali, o giudiziali, o convenzionali (1). Tutte quindi si purgano colle stesse norme e cautele determinate negli articoli or ora citati.

1258. Anche il Regolamento Ipotecario Pontificio accorda al terzo possessore la facoltà di esimersi dalle azioni ipotecarie, e liberare i beni da esso acquistati, *sia per vendita estragiudiziale, sia per mezzo di donazione*, osservando le regole seguenti. Deve egli in primo luogo far trascrivere l'atto di acquisto nei registri del Conservatore, e denunziare la trascrizione ai creditori inscritti nella forma stabilita dal § 189. Se il prezzo convenuto nel caso di vendita, o valutato dall'acquirente nel caso di donazione, è bastante a soddisfare i creditori inscritti, ne farà il deposito in una cassa pubblica, e lo farà in-

(1) Vol. II, n. 382, pag. 129.

timare all'alienante ed agli stessi creditori nel domicilio eletto, o ritenuto come tale dalla legge, con citazione a comparire innanzi il Tribunale, perchè venga ordinato il cancellamento delle inscrizioni. L'originale dell'atto di deposito, con l'estratto autentico delle ipoteche iscritte, sarà prodotto nella cancelleria del Tribunale. Il quale, nell'ordinare il cancellamento, dichiarerà che il prezzo depositato è succeduto alla cosa, e che in esso s'intendono trasferite le inscrizioni delle ipoteche. La sentenza deve essere notificata all'alienante ed ai creditori inscritti. Quando il prezzo non sia bastante, il terzo farà notificare ai medesimi creditori la copia autentica di un atto che sarà da lui sottoscritto nel registro di cancelleria, o da persona munita di speciale mandato, col quale dichiari di esser pronto al pagamento della somma convenuta, o da esso valutata. La intimazione dell'atto di deposito nel caso del § 206, e la notifica della dichiarazione nel caso del § 207, si potranno eseguire dal terzo possessore in ogni tempo, sinchè non sia promossa alcuna istanza dai creditori ipotecari; ma dovranno farsi entro un mese dalla dimanda del creditore, se questa venne introdotta. In ogni caso le intimazioni e le notifiche fatte dall'acquirente per liberare i fondi dalle ipoteche, saranno inscritte nei fogli pubblici o gazzette del luogo, od in quelle del luogo il più vicino (1). Nel termine di quaranta giorni dalla notifica della dichiarazione, di cui parla il § 207, potrà ciascuno dei creditori inscritti dimandare che i beni si vendano al pubblico incanto, offrendo un decimo sopra il prezzo convenuto o valutato dall'acquirente, *e dando cauzione pel pagamento della intiera somma* (2). E colle espressioni che si leggono nel § 209 — *dando cauzione pel pagamento della intiera somma,* — fu tolta la questione, a cui diedero luogo le parole dell'articolo 2185 del Codice Napoleone — *ch' egli si offra a dar cauzione fino alla concorrenza del prezzo e dei carichi,* — se la cauzione debba comprendere il prezzo ed il relativo aumento del decimo, oppure soltanto il prezzo stipulato nel contratto o dichiarato dal terzo possessore (3). La offerta e la cauzione poi risulteranno da un atto sottoscritto dal creditore o da persona

(1) §§ 204, 205, 206, 207, 208. — Vedi la Nota 3 sotto il n. 1133, pag. 257.
(2) § 209.
(3) N. 1223, pag. 516.

munita di speciale mandato nel registro della cancelleria; e questo atto dovrà intimarsi all'alienante, al terzo possessore ed ai creditori inscritti con citazione a comparire avanti il Tribunale. Se nel termine assegnato dal § 209 niuno de' creditori inscritti farà la offerta del decimo e la istanza per l'incanto, ovvero se il creditore che offre non darà cauzione, il prezzo convenuto o valutato si riterrà come definitivo; e il terzo possessore potrà farne il deposito nella cassa pubblica, e richiedere al Tribunale, citato l'alienante ed i creditori inscritti, il cancellamento delle inscrizioni nel modo stabilito dal § 206. Qualora debba procedersi alla vendita per incanto, questa si eseguirà con le regole prescritte dalle leggi di procedura intorno alle vendite giudiziali. L'incanto avrà luogo sul prezzo convenuto o valutato, con l'aumento del decimo. In mancanza di maggiori offerte, la vendita sarà eseguita a vantaggio del creditore che ha richiesto l'incanto. La rinunzia del creditore alla sua dimanda non può impedire la vendita giudiziale, quando anche egli pagasse il decimo offerto; semprechè ciò non segua con l'espresso consenso di tutti gli altri creditori. Il compratore al pubblico incanto è tenuto di restituire all' acquirente o donatario, cui fu tolto il possesso, i pagamenti legittimi fatti a causa del suo contratto, e le spese della trascrizione e della denunzia ai creditori. Sarà inoltre tenuto, a termini di ragione, di pagare le spese ed i miglioramenti che il compratore o donatario avesse fatti sul fondo, sino al montare del maggior valore che ne fosse derivato. L'acquirente o il donatario che si mantiene in possesso dello immobile esposto all'incanto per essere stato il maggior offerente, non è in obbligo di far trascrivere l'atto di vendita giudiziale; e il Conservatore dovrà annotare in margine della trascrizione esistente, ch' egli rimane in possesso de' beni in conseguenza del pubblico incanto. Avrà il suo regresso contro il venditore pel rimborso di ciò che eccede il prezzo stipulato, coi legittimi accessorii, se e come di diritto (1). Le forme or ora indicate riguardano il modo di liberare dalle ipoteche i beni acquistati *sia per vendita estragiudiziale, sia per mezzo di donazione.* Imperocchè *nella vendita giudiziale* il prezzo è sempre definitivo, e i beni passano nell'acquirente che lo ha depositato, liberi da ogni ipoteca, allorchè le forme

(1) §§ 210, 211, 212, 213, 214.

prescritte dalla legge sono eseguite (1). L'atto di pignoramento deve essere trascritto per intiero nel registro del Conservatore delle Ipoteche; vi sarà trascritta egualmente la parte dispositiva della sentenza che avrà ordinata la vendita; e vi sarà finalmente trascritto il processo verbale della stessa vendita, e l'atto d'immissione al possesso de' beni venduti (2). Dopo trascritto il primo atto di pignoramento, è vietato al Conservatore di trascrivere il secondo; e in margine della trascrizione del primo si fa un semplice annotamento degli atti successivi (3). Le trascrizioni dell'atto di pignoramento e della sentenza che ordina la vendita, attribuiscono al fondo pignorato la natura e la qualità di pegno pretorio; e il consenso del primo o dei successivi pignoranti, senza quello di tutti i creditori inscritti, non è efficace per sottrarlo all'incanto ed alla vendita giudiziale (4). Nel resto devono osservarsi le prescrizioni delle leggi di procedura; non può essere ordinato il cancellamento delle inscrizioni, se non risulta dagli atti, che le formalità richieste per l'interesse dei creditori inscritti furono adempiute; e qualora tali formalità non siano osservate, i creditori, *non ostante la vendita giudiziale,* conservano le loro azioni ipotecarie sui fondi venduti (5). Il Regolamento Ipotecario Pontificio, ad imitazione del Codice di Parma, assoggetta tutte le ipoteche all'obbligo della inscrizione (6). Perciò i fondi alienati rimangono purgati e sciolti da tutte le ipoteche di qualunque natura e specie colle formalità di cui ora si è fatto cenno, stabilite nel capitolo X — *Del modo di render libere le proprietà dalle ipoteche.* — È poi da avvertire da ultimo che la trascrizione dell'atto di acquisto nei registri del Conservatore secondo il Regolamento Ipotecario Pontificio, non solo è la prima delle formalità atte a purgare i fondi dai vincoli ipotecari, ma altresì è necessaria, quando si tratta degli atti di alienazione dei beni capaci d'ipoteca, alla trasmissione del dominio nell'alienatario (7).

(1) § 215.
(2) § 216.
(3) § 217.
(4) § 218.
(5) § 219.
(6) Vol. II, n. 383, pag. 131.
(7) N. 1133, pag. 231. — Vol. II, n. 383, pag. 131.

1259. Dichiara il Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche nell'articolo 151 che « la purgazione è il mezzo accordato al nuovo proprietario dell'immobile, che non è personalmente obbligato con i creditori del suo autore, per render libero l'immobile acquistato dagli oneri e dalle ipoteche infisse sul medesimo, e per conseguirne la piena e libera disponibilità. » Ciò premesso, dispone nell'articolo 152 che « il compratore, il donatario, il permutante, o altro nuovo proprietario, che si proporrà di profittarne, *decorso che sia il termine di mesi due dal giorno della voltura del suo nuovo acquisto,* dovrà depositare nella Cancelleria del Tribunale cui spetta, e notificare nel tempo stesso a tutti i creditori inscritti sull'immobile una dichiarazione firmata da esso, o da un suo procuratore, ed esprimente la di lui determinazione di sodisfare immediatamente dentro la concorrenza del prezzo dell'immobile tutti gli oneri e debiti assicurati colle dette inscrizioni, senza distinzione degli esigibili e non esigibili, e intimando inoltre i creditori stessi a comparire dentro un mese dal giorno della notificazione nella Cancelleria del Tribunale per ricevere il pagamento dei loro crediti. » La notificazione ordinata nel citato articolo 152 deve essere fatta al domicilio eletto dai creditori, e mancando il domicilio eletto, basterà l'affissione alla porta del Tribunale (1). E la dichiarazione di cui parla lo stesso articolo 152 deve essere accompagnata 1° dall'estratto del documento che costituisce il titolo del nuovo acquisto, contenente la data dell'atto, la sua natura, il nome, e la indicazione precisa del venditore, del donante, del permutante, le qualità degli stabili venduti, i Circondari nei quali sono situati, il prezzo stipulato, e gli oneri che ne formano parte; e allorchè per la natura dell'atto non possa esprimersi il prezzo stipulato, il valore de' beni donati o legati resultante da una perizia giudiziale; 2° dalla fede della seguita voltura; 3° dal prospetto di tutte le inscrizioni accese sopra i beni. Dispone inoltre nell'articolo 155 che sarà cura del nuovo acquirente, che per mezzo del Tribunale nella cui giurisdizione son situati i beni, venga affisso alla porta del Tribunale stesso, ed a quella del Conservatore delle Ipoteche un avviso contenente: 1° la di lui offerta di sodisfare i debiti e gli oneri dipendenti dalle inscrizioni accese sui beni acquistati; 2° la indicazione dei

(1) Art. 153.

beni stessi; 3° quella dell'atto di acquisto; 4° il loro prezzo e gli oneri che ne formano parte; 5° la indicazione del Tribunale avanti il quale si procede, e da cui dovrà emanare la graduatoria. Il quale avviso dovrà contemporaneamente inserirsi nella gazzetta o nel giornale giudiziario se esisterà, ed avrà i medesimi effetti della notificazione personale, o al domicilio, per quei creditori, i di cui diritti reali sui beni si conservano senza la inscrizione, e ne sono dichiarati esenti (1). Dispone altresì nell'articolo 158 che il deposito e dichiarazione, di cui parla l'articolo 152, potranno farsi dal terzo acquirente in ogni tempo, quando non sia stata promossa molestia contro di esso; e nel termine di giorni trenta da quello in cui sia stato molestato da alcuno dei creditori. Ripete poi negli articoli 159, 160, 161, 163, 166, 167 e 168 le disposizioni degli articoli 2185, 2186, 2187, 2190, 2191, e 2192 del Codice Napoleone. Dichiara nell'articolo 162, seguendo la massima stabilita nell'articolo 2228 del Codice di Parma, che nel caso dell'incanto « il liberatario, oltre il pagamento del prezzo ai termini e nelle forme di ragione, sarà in obbligo di restituire al proprietario, spogliato dello stabile liberato, le spese del primo contratto e registro, quelle della voltura e della notificazione, di sodisfare alle altre occorse per la rivendita, *come pure di corrispondere l'importare dei miglioramenti, che il compratore avesse fatti sul fondo, nel modo stabilito all'articolo* 130 (2). » Dichiara altresì nell'articolo 164 che « il nuovo proprietario che si mantiene in possesso dell'immobile esposto all'incanto per essere stato il maggiore offerente, non ha obbligo, *a differenza dell'estraneo*, di procedere sulla seguita liberazione alla voltura dei fondi; » e nell'articolo 165 che « quando la liberazione non cadesse sulla persona del nuovo proprietario, egli non sarà tenuto a rilasciare lo stabile al liberatario che dopo la decorrenza del termine dentro cui viene a cessare, rispettivamente in forza della legge o della consuetudine, la locazione degli stabili rustici o urbani; » e che « fino a tal tempo lo stesso acquirente perciperà le rendite di ogni specie, nè sarà obbligato che a corrispondere i frutti sul prezzo del suo acquisto. » Toglie finalmente colla saggissima disposizione dell'articolo 169 la importante questione fatta dagl' Interpreti del Codice

(1) Art. 156, 157.
(2) N. 1134, pag. 261.

Napoleone (1), se nel caso di vendita coattiva fatta in un giudizio di espropriazione l'aggiudicatario debba purgare e render libero il fondo colle formalità del giudizio di purgazione (2).

1260. Nel capo — *Del modo di liberare le proprietà dai privilegi e dalle ipoteche* — il Codice di Sardegna dispone nell'articolo 2303 che « il terzo possessore di uno stabile in forza di un atto, che gliene abbia trasferita la proprietà, volendo renderlo libero dai privilegi e dalle ipoteche, dovrà fare la consegna del suo titolo nell'Ufficio delle Ipoteche di ciascun distretto in cui sono situati i beni per esservi sommariamente trascritto nel modo infra designato; » che « estratto sommario della trascrizione sarà inserito nella gazzetta della Divisione, ed in difetto in quella di Torino; » e che « la sola trascrizione ed istituzione del giudicio di purgazione non sospenderà il pagamento del prezzo nei termini e modi pattuiti, salvo però il disposto dall'articolo 1660 (3). Dispone inoltre nell'articolo 2304 che « per detta consegna e trascrizione il nuovo possessore dovrà presentare una copia autentica del titolo debitamente insinuato, ed ove il titolo non contenga la designazione dei beni, dovrà altresì presentare una nota esprimente la natura e situazione de' medesimi col numero di catasto, od altra indicazione sufficiente a farli riconoscere; » che « così la copia del titolo, come la nota anzidetta, saranno ritenute nell'Ufficio; » che « il Conservatore annoterà immediatamente nel registro, a tal fine destinato, il giorno della consegna e trascrizione, la data e natura dell'atto, il nome del notaio, la data della insinuazione, il nome delle parti con-

(1) N. 1191, pag. 442.

(2) « Le forme che si prescrivono in questo § III per conseguire la purgazione degli immobili, non riguardano gli aggiudicatari dei beni nelle vendite eseguite coattivamente, e in via di esecuzione immobiliare. — In queste i beni subastati rimangono presso l'aggiudicatario purgati e liberi da ogni e qualunque privilegio ed ipoteca, e dal benefizio della separazione dei patrimoni appenachè dal liberatario o aggiudicatario sia stato depositato il prezzo, o distribuito in pagamento ai creditori che vi hanno diritto, coerentemente a quanto è detto all'art. 160. » (Art. 169)

(3) L'art. 1660 citato nell'articolo 2303 stabilisce ciò che segue: « Se il compratore è molestato o ha giusto motivo per temere di esserlo con un'azione ipotecaria o rivendicatoria, può sospendere il pagamento del prezzo fino a che il venditore abbia fatto cessare le molestie, quando questi non prescelga di dar cauzione, o quando non siasi convenuto che il compratore pagherà non ostante qualunque molestia. »

traenti, la natura e situazione de' beni colle altre designazioni esistenti nell' atto o nella nota, il prezzo portato dal titolo, od il valore dichiarato dal richiedente, così per i pesi in esso non valutati, come per gli atti a titolo lucrativo, non che i patti e le condizioni non suscettibili di stima; » e che « il Conservatore dovrà spedirne l' opportuno certificato, aggiungendovi il numero d'ordine apposto sul registro, quello del registro, specificando pure i diritti ricevuti per la trascrizione ed il nome dell' esibitore. » Nel successivo articolo 2305 determina gli effetti derivanti dalla eseguita trascrizione, i quali sono quegli stessi che nascono da una tale formalità secondo le disposizioni degli articoli 2181 e 2182 del Codice Napoleone combinati coll' articolo 834 del Codice di Procedura (1). Secondo le massime stabilite dagli articoli 2181, 2182 e 2183 del Codice Napoleone, il terzo possessore, finchè non è molestato con azione ipotecaria, è sempre in tempo a fare il giudizio di purgazione, ed è certo che, appena eseguita la trascrizione, può fare ai creditori inscritti le notificazioni di cui parla l' articolo 2183, essendo dispensato per la disposizione dell' articolo 835 del Codice di Procedura dall' obbligo di fare le accennate notificazioni ai creditori inscritti posteriormente alla trascrizione. Ma se viene promossa contro di lui un' azione ipotecaria, allora deve intraprendere il giudizio di purgazione entro il termine stabilito dall' articolo 2183. Anche il Codice di Sardegna lascia la libertà piena al terzo possessore, non molestato con azione ipotecaria, di fare, quando a lui piaccia, il giudizio di purgazione. Se non che dispone nell' articolo 2306, ad imitazione degli articoli 2221 del Codice di Parma, e 152 del Motuproprio Toscano, che le notificazioni comandate dal detto articolo 2306 devono farsi dal terzo possessore *passato il termine di tre mesi dopo l' inserzione nella gazzetta dell' estratto della trascrizione;* e ciò onde le accennate notificazioni sieno fatte altresì ai creditori validamente inscritti

(1) « La trascrizione del titolo di proprietà non trasferisce nel nuovo possessore maggiori diritti di quelli spettanti al precedente proprietario sovra lo stabile acquistato: il nuovo possessore non rimane soggetto che a' pesi per cui non è necessaria alcuna inscrizione, ed agli altri stabiliti prima dell' alienazione ed inscritti al più tardi fra giorni trenta dalla data della trascrizione, o fra i tre mesi di cui negli articoli 2205, 2206, 2210, 2211 e 2215 per li privilegi ed ipoteche in essi contemplati. » (Art. 2305.)

dopo la detta trascrizione. Ed al terzo possessore, contro il quale furono incominciate le instanze dai creditori, assegna anch' esso negli articoli 2309, 2310 e 2311 un determinato termine a dovere intraprendere il giudizio di purgazione. Quanto alla facoltà di chiedere l' incanto del fondo concessa ai creditori, alle conseguenze derivanti dalla omissione di una tale dimanda, alle forme da osservarsi per la vendita all' incanto, alle somme da rimborsarsi dal deliberatario al primo acquirente, agli effetti della desistenza del creditore chiedente l' incanto, al regresso competente contro il venditore all' acquirente divenuto deliberatario, e al modo finalmente di esercitare il diritto dell' incanto nel caso in cui il titolo del nuovo proprietario comprendesse mobili ed immobili, ovvero più immobili, gli uni ipotecati, gli altri liberi, il Codice di Sardegna (1) ripete le disposizioni degli articoli 2185, 2186, 2187, 2188, 2190, 2191 e 2192 del Codice Napoleone. Colla saggia disposizione dell' articolo 2315 toglie la questione che si fa dagl' Interpreti del Codice Napoleone, se il deliberatario negli incanti dei giudizi di purgazione e delle spropriazioni forzate debba fare la trascrizione del deliberamento (2); e coll' articolo 2318 finalmente indica le norme da osservarsi per la purgazione degl' immobili de' contabili, appaltatori e subappaltatori che si trovano già fuori dell' esercizio loro affidato dai privilegi e dalle ipoteche legali del Fisco (3).

(1) Art. 2308, 2312, 2313, 2314, 2316, 2317, e 2319.

(2) « Il deliberatario negli incanti suddetti, come pure nelle spropriazioni forzate, non è obbligato a far trascrivere il deliberamento, nè ad adempiere alle altre formalità sovra prescritte; i beni subastati passano a lui liberi da ogni privilegio od ipoteca, pagando il prezzo ai creditori che saranno in grado di essere soddisfatti, o facendone il deposito. — Dal dì del deliberamento i creditori de' precedenti proprietari non potranno più prendere inscrizioni sopra l' immobile subastato, tranne quella del privilegio risultante dal deliberamento. » (Art. 2315.)

(3) « Per purgare dai privilegi e dalle ipoteche legali del Fisco gli immobili de' contabili, appaltatori e subappaltatori che si trovano già fuori dell' esercizio loro affidato, dovrà farsi la notificazione prescritta dagli articoli 2306 e 2307 all' Avvocato Fiscale, il quale sarà tenuto entro il periodo di tre mesi dal giorno della fattagli notificazione di depositare nella segreteria del Tribunale del distretto ove esistono i beni venduti, un certificato che dimostri la situazione del contabile. Se il certificato non sia stato depositato fra il detto termine, ovvero il certificato attesti che il contabile non è debitore, il Prefetto ordinerà senz' altro la cancellazione dell' inscrizione sull' immobile che si vuole purgare. » (Art. 2318.)

1261. Il Codice di Modena intorno al modo di rendere libere le proprietà dai privilegi e dalle ipoteche ripete con pochissime modificazioni le disposizioni suaccennate del Codice Napoleone e degli altri Codici e Leggi Italiane. Dispone in primo luogo coll'articolo 2222 ciò che segue: « *Il terzo possessore che vuole liberare dai privilegi e dalle ipoteche i beni da esso acquistati in conseguenza di vendita estragiudiziale, o di vendita volontaria fatta in giustizia, o di donazione, o di legato, eseguita la trascrizione di cui nell' articolo* 2103 (1), *e trattandosi di legato, eseguita la trascrizione della relativa particola dell' atto d' ultima volontà, dimette negli atti del Tribunale di prima instanza, sotto la cui giurisdizione sono situati i beni stessi,* 1. *il documento in forza del quale è divenuto proprietario;* 2. *il certificato della eseguita trascrizione;* 3. *l' autentico certificato dei privilegi e delle ipoteche caricate sullo stabile messo in purgazione;* 4. *una tabella in tre colonne, la prima esprimente la data e la natura del privilegio o della ipoteca, la seconda il nome e cognome del creditore inscritto e del luogo eletto in domicilio, la terza il montare dei crediti inscritti. E premessa la dichiarazione che egli è pronto alla soddisfazione immediata dei debiti e dei pesi ipotecari sino alla concorrenza del prezzo e dei carichi formanti parte del medesimo, o della valutazione della cosa donata o legata, senza distinzione di debiti esigibili o non esigibili, chiede che sieno citati con ispeciali citazioni, da eseguirsi nel luogo eletto nella nota d' inscrizione, tutti e singoli i creditori privilegiati ed ipotecari inscritti sul medesimo stabile in purgazione a prendere, nel termine di trenta giorni continui, comunicazione del documento ed allegati suddetti.* » E colle parole — *in conseguenza di vendita estragiudiziale, o di vendita volontaria fatta in giustizia, o di donazione, o di legato* — il Codice di Modena ha saggiamente troncate le questioni, di cui già abbiamo fatto cenno (2), se il legatario possa fare la trascrizione del testamento o codicillo contenente il legato, e se la trascrizione e il giudizio di purgazione sieno necessari nel caso delle vendite giudiziali. Accorda anch' esso ai creditori inscritti la facoltà di chiedere l' incanto sotto le condizioni espresse nell' articolo 2223 concepito nei seguenti termini:

(1) Vol. II, n. 384, pag. 132.
(2) N. 1187, pag. 439: n. 1191, pag. 442: n. 1192, pag. 446.

« *Entro il detto termine di giorni trenta, qualunque creditore, di cui è inscritto il titolo, ed il suo fideiussore, possono dimandare che lo stabile sia posto in vendita all' asta pubblica, sotto condizione,* 1. *che la dimanda sia intimata al nuovo proprietario entro venti giorni al più tardi dalla sua data;* 2. *che contenga l' obbligazione del richiedente di accrescere o di fare accrescere il prezzo di un decimo al di sopra di quello che fu stipulato nel contratto, o dichiarato dal nuovo proprietario;* 3. *che la stessa intimazione sia fatta, nel detto termine di giorni venti, al precedente proprietario debitore principale;* 4. *che l' originale e le copie di tali atti vengano sottoscritti dal creditore richiedente o dal suo procuratore munito di speciale mandato notarile, o per iscrittura privata recognita nella firma;* 5. *che egli offra cauzione sino al terzo del prezzo stipulato nel contratto, o dichiarato come sopra, e dei carichi. — L' omissione di alcuna di queste condizioni produce nullità.* » Ripete poi le disposizioni degli articoli 2226, 2227, 2228, 2229, 2230, 2231, 2232 e 2233 del Codice di Parma cogli articoli qui trascritti: Art. 2224. « *Omettendo i creditori od i fidejussori sunnominati di dimandare l' incanto nel termine e nelle forme prescritte, il valore dell' immobile resta definitivamente stabilito nel prezzo stipulato nel contratto, o dichiarato dal nuovo proprietario, il quale o pagando il detto prezzo ai creditori che saranno nel grado di essere soddisfatti, o facendone deposito, resta liberato da ogni privilegio ed ipoteca.* » Articolo 2225. « *In caso che l' offerto aumento faccia luogo alla vendita per incanto, questa si eseguisce colle forme stabilite dalla legge per le vendite giudiziali, ad instanza o del creditore che l' ha chiesta, o del nuovo proprietario. — Il richiedente esprime nei pubblici avvisi il prezzo stipulato nel contratto, o dichiarato, e la somma maggiore che il creditore o fideiussore si obbligò di accrescere, o di fare accrescere.* » Art. 2226. « *L' aggiudicatario è tenuto, oltre al prezzo della sua aggiudicazione, di restituire all' acquirente, donatario, o legatario cui fu tolto il possesso, le spese ed i pagamenti legittimi fatti a causa del suo titolo, quelli della trascrizione sui registri del Conservatore, quelli della inscrizione, e quelli fatti per ottenere la rivendita.* » Art. 2227. « *L' aggiudicatario è pur tenuto, a termini di ragione, di pagare le spese ed i miglioramenti, che il compratore,*

donatario, o legatario avesse fatti sul fondo, sino però al montare del maggior valore che ne è provenuto. » Art. 2228. « *L'acquirente, il donatario od il legatario, che si mantiene in possesso dello stabile esposto all' incanto, per essere stato il maggiore offerente, non è in obbligo di far trascrivere la sentenza di aggiudicazione. — Qualunque altro aggiudicatario ha bensì l'obbligo di far trascrivere la sentenza di aggiudicazione, ma la trascrizione deve essere fatta dal Conservatore gratuitamente.* » Art. 2229. « *Se l' aggiudicazione non è fatta all' acquirente, al donatario od al legatario, questi non sono tenuti a dimettere il fondo al nuovo aggiudicatario se non che al fine dell'anno rusticale: sino a questo tempo eglino restano debitori dei frutti del prezzo del loro acquisto, o della valutazione surriferita. — Trattandosi di casa, non sono tenuti alla dimissione se non che alla scadenza del termine, nel quale considerati come inquilini avrebbero potuto, secondo la consuetudine del luogo, essere licenziati. Sino a questo tempo godono dell' abitazione della casa, o ne percepiscono le pigioni, e restano a vicenda obbligati a corrispondere i frutti del prezzo, o della valutazione come sopra.* » Art. 2230. « *La desistenza del creditore, che chiede l' incanto, non può impedire la pubblica aggiudicazione, quand' anche egli paghi l' importare della fatta oblazione, a riserva che ciò non segua coll' espresso consenso di tutti gli altri creditori.* » Art. 2231. « *L' acquirente, che è divenuto aggiudicatario, ha regresso, a termini di ragione, contro il venditore pel rimborso di ciò che eccede il prezzo stipulato nel suo contratto, e per gl' interessi di tale eccedenza da computarsi dal giorno di ciascun pagamento.* » Art. 2232. « *Nei casi nei quali il titolo del nuovo proprietario comprenda mobili e stabili, ovvero più stabili, gli uni ipotecati, e gli altri liberi, situati o nello stesso o in diversi circondari degli Uffizi, alienati per un solo e medesimo prezzo, o per prezzi distinti e separati, aggregati o non aggregati alla stessa tenuta, il prezzo di ciascuno stabile assoggettato a particalari e separate inscrizioni è dichiarato nella notificazione del nuovo proprietario, mediante una stima, se vi è luogo, ragguagliata sul prezzo totale espresso nel titolo. — Il creditore maggiore offerente non può in verun caso essere costretto ad estendere la sua oblazione nè sopra i mobili, nè sopra altri immobili fuori di quelli che sono ipotecati pel suo credito, e situati*

nel medesimo circondario, salvo il regresso del nuovo proprietario contro i di lui autori per ottenere la riparazione del danno che soffrirebbe tanto per la divisione degli oggetti contenuti nel di lui acquisto quanto per quella delle coltivazioni. » Finalmente, attenendosi alla massima stabilita dal Codice Napoleone nell' articolo 2183, dispone nell' articolo 2233 ciò che segue: « *L' acquirente, il donatario, il legatario possono in qualunque tempo intraprendere il giudizio di purgazione, se non vengono fatte loro molestie dai creditori; ma nel caso di molestie, devono incominciarlo entro trenta giorni al più tardi da quello della intimazione delle medesime.* »

La trascrizione degli atti di alienazione nei registri del Conservatore delle Ipoteche non è, secondo il Codice di Modena, necessaria soltanto alla purgazione del fondo alienato dai vincoli ipotecari, ma altresì alla trasmissione della proprietà nell' alienatario in faccia ai terzi. Le disposizioni del lodato Codice riguardanti la trascrizione sono la più parte, salvo alcune saggissime modificazioni ed aggiunte, una ripetizione delle massime stabilite dal Regolamento Ipotecario Pontificio nel capitolo VIII — *Della trascrizione,* — di cui ho già dato un cenno (1).

(1) Le disposizioni del Codice di Modena, onde è regolata la materia importantissima della trascrizione, sono le seguenti: « Art. 2103. *Tutti gli atti tra vivi, a titolo gratuito od oneroso, traslativi o dichiarativi della proprietà immobilare, di enfiteusi, d' usufrutto, e d' anticresi, o costitutivi di servitù, debbono essere resi pubblici col mezzo della trascrizione. — Essa deve farsi all' Uffizio delle Ipoteche del circondario ove sono situati i beni; e se questi sono posti in diversi circondari, deve esser fatta in quello nel quale esiste la maggior parte. — Negli altri Uffizi basta un' annotazione nel libro delle trascrizioni, contenente l' indicazione della data e della qualità dell' atto, del nome e cognome delle parti e del notaro, dei beni che esistono nel circondario, del tempo, e dell' Uffizio in cui si fece la trascrizione. — Per ottenere tale annotazione si rilascia al Conservatore di quell' Uffizio un certificato del Conservatore ne' cui registri è stata fatta la trascrizione.* » — « Art. 2104. *Gli atti di divisione, o di assegnazione fatta ad un coerede in conseguenza di licitazione, non sono soggetti a trascrizione.* » — « Art 2105. *È ammessa la trascrizione tanto degli atti pubblici, quanto delle scritture private.* » — « Art. 2106. *Quando con un medesimo atto si trasferisce la proprietà o un diritto reale a diverse persone, la trascrizione fatta da uno dei contraenti produce effetto anche riguardo agli altri.* » — « Art. 2107. *All' effetto di ottenere la trascrizione si rilascia al competente Uffizio delle Ipoteche una copia autentica dell' atto pub-*

blico, o uno degli originali della privata scrittura, ovvero una copia di questa collazionata e autenticata dal pubblico Archivio, presentandola con una nota in doppio contenente le indicazioni: Del nome, cognome, paternità, domicilio di tutti i contraenti, e della elezione del domicilio fatta da chi dimanda la trascrizione; Della data e qualità dell' atto da trascrivere; Degli stabili e loro qualità, situazione, confinazione, e prezzo nei casi che sia stato loro attribuito. — Il Conservatore si uniforma alle disposizioni dell' articolo 2257, e rilascia alla parte una delle note nella quale certifica l' eseguita trascrizione. » — « Art. 2108. *I notari ed i cancellieri sono obbligati di rilasciare alla parte interessata copia autentica del rogito, della sentenza o dell' appuntamento conciliativo, a fronte del rimborso della sola spesa viva. Questa copia non può servire ad altro uso, fuorchè a quello della trascrizione; ed i notari e cancellieri devono a piedi della medesima apporne la dichiarazione.* » — . . . . . . (Vedi il vol. II, n. 433, pag. 236: n. 384, pag. 132.) — « Art. 2112. *A contare dal giorno della trascrizione, non può essere chiesta nè fatta utilmente alcuna inscrizione per qualsiasi titolo derivante dai precedenti proprietari.* » — « Art. 2113. *Le spese della trascrizione, se non vi è patto in contrario, sono a carico dell' acquirente; ma devono anticiparsi da quello che la chiede. — Nel caso di più acquirenti, la parte, a di cui istanza si fa la trascrizione, può ripetere da ciascuno di loro quella quota di spese che è proporzionata agli acquisti rispettivi.* » (Vol. II, n. 530, pag. 420.)

CAPO X.

DELLA PUBBLICITÀ DE' REGISTRI, E DELLA RISPONSABILITÀ DE' CONSERVATORI.

Articolo 2196.

I Conservatori delle Ipoteche sono tenuti a rilasciare a tutti coloro che lo richiedono, copia degli atti trascritti ne' loro registri, e quella delle inscrizioni che tuttora sussistono, o il certificato che non ve ne esiste alcuna.

SOMMARIO.

1262. Perchè la legge obbliga i Conservatori delle Ipoteche a rilasciare le copie e certificati, di cui fa parola l'art. 2196?

1262. La pubblicità è il fondamento del nuovo Sistema Ipotecario. È dunque necessario che sieno aperti al pubblico i registri delle inscrizioni ipotecarie e delle trascrizioni degli atti di alienazione dei beni immobili. Il Conservatore delle Ipoteche è il pubblico ufficiale destinato dalla legge ad eseguire le inscrizioni dimandate dai creditori ipotecari non che le trascrizioni degli atti di alienazione chieste o dagli acquirenti o dagli stessi venditori. E perchè la pubblicità del Sistema Ipotecario sia veracemente attuata, la legge obbliga il Conservatore a rilasciare ai richiedenti copia degli atti trascritti e delle accese inscrizioni, oppure il certificato, il quale faccia fede non esistere alcuna inscrizione sui beni indicati (1).

(1) Troplong, art. 2196, n. 698. — Persil, art. 2196, n. 1 e 2.

Articolo 2197.

Sono risponsabili per i danni risultanti,

1°. Dalla omissione sopra i loro registri delle trascrizioni degli atti di mutazione, e delle inscrizioni richieste al loro Ufficio;

2°. Da mancanza di menzione nei loro certificati d'una o di più inscrizioni esistenti, eccetto che, in quest'ultimo caso, l'errore provenga da indicazioni insufficienti che non potessero essere loro imputabili.

SOMMARIO.

1263. Se e quando il Conservatore delle Ipoteche sia tenuto alla emenda dei danni verso i privati cittadini.

1263. Sarebbe inutile e vano l'obbligo imposto ai Conservatori di eseguire le inscrizioni e trascrizioni chieste dai cittadini e di rilasciarne le relative copie e certificati, se l'adempimento di un tal obbligo non fosse stato confermato ed assicurato efficacemente con una conveniente sanzione. Perciò il legislatore dichiarò risponsabile il Conservatore pei danni risultanti ai cittadini, 1° dalla omissione sopra i registri ipotecari delle trascrizioni degli atti di alienazione, e delle inscrizioni richieste all'Ufficio delle Ipoteche; 2° da mancanza di menzione nei dati certificati di una o di più inscrizioni esistenti. Poco o nulla rileverebbe che il Conservatore avesse accese ne' suoi registri le chieste inscrizioni, se queste non fossero da lui nominate nei rilasciati certificati, i quali sono gli indicatori, e dirò così le spie ufficiali degli oneri e pesi onde sono aggravati i beni immobili dei cittadini. Chi vuol fare una somministrazione di denaro, chi vuol comprare un fondo, non ha altra norma sicura per conoscere la idoneità della offerta ipoteca e la libertà del fondo da acquistarsi che il Certificato del Conservatore. Se questo tutti non indica i pesi in-

scritti, o dà per libero un fondo gravato da inscrizioni non menzionate, il richiedente è tratto in inganno, e può essere esposto a danni gravi ed irreparabili accettando la garanzia di un fondo macchiato da inscrizioni non indicate, che ne assorbono il prezzo, o comprando un fondo creduto libero, ma vincolato in realtà da ipoteche e privilegi. È dunque giusto che il Conservatore sia risponsabile verso i terzi per i danni derivanti non solo dalla omissione sopra i suoi registri delle chieste inscrizioni e trascrizioni, ma altresì dalla mancanza di menzione nei suoi certificati di una o di più inscrizioni. E qui è ben da por mente che la legge tiene e dichiara risponsabile il Conservatore *per i danni* risultanti dalla omissione e mancanza di menzione, di cui fa parola l' articolo 2197. Se la omissione o il difetto di menzione, di cui si è reso colpevole il Conservatore, a nessuno in realtà arreca danno, nessuna azione potrà essere intentata dai terzi verso lo stesso Conservatore, e ciò in forza del principio che chi non ha interesse non ha azione, e che anima delle azioni è l'interesse. Suppongasi, p. e., che la inscrizione omessa nei registri o nel certificato fosse radicalmente nulla per qualche vizio o difetto sostanziale. Nessun vantaggio avrebbe potuto trarre il creditore da una tale inscrizione; e nessun danno quindi gli reca la omissione del Conservatore, il quale molestato giudizialmente per la emenda dei danni potrà giustamente difendersi opponendo la nullità della inscrizione. Dicasi lo stesso, se la inscrizione omessa nei registri o nel certificato fosse superata e vinta da altre inscrizioni anteriori che tutto assorbono il prezzo del fondo. Che fa anche in questo caso che il Conservatore abbia omessa la inscrizione del creditore, se una tale omissione non gli è cagione di alcun danno, per essere la sua ipoteca primeggiata e vinta da anteriori inscrizioni di altri creditori, al pagamento de'quali basta appena il prezzo del fondo ipotecato ? Del resto la mancanza di menzione nel certificato di una qualche inscrizione non può rendere risponsabile il Conservatore del danno patito dal creditore, quando una tale mancanza proviene da indicazioni insufficienti non imputabili allo stesso Conservatore, ripugnando alla giustizia che questi porti la pena della colpa altrui (1). Dichiara l'articolo 2197, n. 1°, che i Conservatori sono ri-

(1) (Troplong, art. 2197, n. 1000, 1001. — Persil, art. 2197, n. 3, 4, 5 e 10.

sponsabili per i danni risultanti dalla omissione sopra i loro registri delle trascrizioni e *delle inscrizioni richieste al loro Ufficio.* Ma vi sono dei casi in cui il Conservatore è tenuto ad accendere una inscrizione *ex officio* (1) senza bisogno di esserne richiesto. Se la omissione delle inscrizioni domandate dai creditori lo rende risponsabile dei danni per essa sofferti dai richiedenti, per la stessa ragione dovrà ristorare i danni al creditore, allora quando ometterà una inscrizione cui deve accendere *ex officio,* perchè sì nell' un caso come nell' altro manca ad un dovere impostogli dall' autorità della legge. Secondo le parole del citato articolo 2197, la risponsabilità del Conservatore dipenderebbe dalle omissioni di cui si fosse reso colpevole. Ma siccome anche gli errori commessi nello eseguire le inscrizioni e trascrizioni possono essere causa di danni ai cittadini, così anche pei danni cagionati da errori dovrà estendersi la risponsabilità del Conservatore. Fu però accordata facoltà al Conservatore di correggere e rettificare i commessi errori con un Decreto pubblicato in Italia nell' 8 luglio 1811, già da me citato nel quarto volume (2), al quale mi riporto. Il legislatore colla disposizione dell' articolo 2197 dichiara risponsabili i Conservatori per i danni risultanti da mancanza di menzione nei loro certificati di una o di più inscrizioni *esistenti.* Le inscrizioni che non furono rinnovate prima della scadenza di un decennio, e che perciò andarono perente, più non esistono in faccia alla legge. Perciò non saranno tenuti i Conservatori a registrare nei certificati le inscrizioni non rinnovate, come quelle che non hanno più vita nè alcun valore (3). Il Conservatore non ha solo l' importante carico di fare le trascrizioni ed inscrizioni domandate dagli acquirenti e dai creditori, ma deve altresì a richiesta delle parti interessate procedere alla cancellazione delle accese inscrizioni coll' appoggio dei documenti indicati negli articoli 2157 e 2158. I terzi, i quali hanno diritto di attingere sicure notizie sullo stato dei proprietari dall' Uffizio delle Ipoteche, non devono essere tratti in inganno, e perciò una inscrizione cancellata si ha per non esistente, e non può più produrre alcun vantaggio od azione al

(1) Art 2108.
(2) N. 960, pag. 346.
(3) Persil, art. 2197, n. 1, 7 e 11.

creditore. E siccome la cancellazione delle inscrizioni si opera dal Conservatore senza l'intervento del creditore ad istanza delle parti interessate, che sono il debitore o l'acquirente dell'immobile ipotecato; così la legge che dichiara risponsabile il Conservatore per i danni risultanti dalla omissione sopra i suoi registri delle inscrizioni domandate dal creditore, non può non tenerlo risponsabile altresì per i danni cagionati ad un creditore da una cancellazione eseguita leggermente ed incautamente e senza giusto titolo. Imperocchè il creditore la cui inscrizione è cancellata, viene posto nella condizione stessa in cui trovasi il creditore del quale fu omessa la inscrizione, per la ragione che la inscrizione cancellata si ha per non esistente. I Conservatori, per la emenda dei danni di cui sono risponsabili verso i terzi, sono esposti al pari dei privati cittadini ad un'azione civile, e devono essere citati al loro legale domicilio, che è quello dell'Uffizio ove esercitano le proprie funzioni (1).

Articolo 2198.

Lo stabile in ordine al quale il Conservatore avesse omesso ne' suoi certificati di riferire uno o più pesi inscritti, rimane libero da tali pesi nel nuovo possessore, salva la risponsabilità del Conservatore, purchè il nuovo possessore abbia richiesto il certificato dopo la trascrizione del suo titolo; senza pregiudizio però del diritto dei creditori di farsi collocare secondo il rispettivo loro grado, sino a che il prezzo non sia stato pagato dal compratore, ovvero sino a che la graduazione fra i creditori non sia stata omologata.

---

(1) Troplong. art. 2197, n. 1000, 1003.

SOMMARIO.

1264. Se la massima stabilita dall'art. 2198 sia stata modificata dall'art. 834 del Codice di Procedura?

1265. Dalla riserva accordata dall'art. 2198 al creditore di domandar grado sul prezzo, non ostante che il fondo sia rimasto purgato e libero dalla ipoteca, di cui fu omessa nel certificato la inscrizione, non può dedursi il principio generale che il diritto di preferenza può sopravvivere al diritto *de suite*.

1264. Il legislatore previde il non difficil caso che il Conservatore delle Ipoteche ometta nel certificato rilasciato ad un acquirente una qualche inscrizione. Da una parte il possessore non dev'essere tratto in inganno e in errore da quell'Uffizio che è l'organo legale della pubblicità su cui riposa il nuovo Sistema; e dall'altra vuole giustizia che non sia pregiudicato il diritto anteriore dell'inscritto creditore. In questa lotta di opposti diritti, in questo malaugurato conflitto, nel quale non era possibile un temperamento di conciliazione che tutti salvasse i lottanti interessi, il legislatore non si peritò di preferire al creditore, di cui fu omessa la inscrizione, la sicurezza dell'acquirente che si fidò dell'ottenuto certificato. Ma contenne però saviamente entro giusti confini il favore accordato al possessore, soccorrendo a quello solo che coll'adempimento della formalità della trascrizione, che è la base del giudizio di purgazione, aspira alla libertà dell'acquistato fondo. Il terzo possessore pertanto o chiede il certificato delle esistenti inscrizioni prima della trascrizione del titolo che lo rese proprietario, e allora il diritto del creditore, della cui inscrizione non fu fatta menzione, rimane fermo sul fondo ed incrollabile. In questo caso il terzo possessore, che fidandosi del certificato pagò il prezzo del fondo o in mano del venditore o di altri creditori posteriori alla omessa inscrizione, deve contentarsi dell'azione che gli accorda l'articolo 2197 n° 2° contro il Conservatore pel sofferto danno. Maggiori diritti non gli poteva e non gli doveva attribuire la legge, la quale stabilì nel capo VIII le salutari forme, che sole possono far sicuri gli acquirenti della libertà del fondi acquistati. O il possessore chiese il certificato dopo la trascrizione del contratto di acquisto, la quale è appunto la formalità preparatoria del giudizio di purgazione, e in questo

caso il fondo viene dalla legge dichiarato libero e sciolto dalla ipoteca o dal privilegio, di cui fu omessa la inscrizione, salvo il diritto al creditore di agire coll'appoggio del citato articolo 2197, n° 2° contro il Conservatore delle Ipoteche per la emenda del patito danno (1). Ma da qualunque risponsabilità andrebbe illeso il Conservatore, ed anche il creditore conserverebbe integro il suo diritto d'ipoteca sul fondo, se della omissione della inscrizione nel certificato rilasciato dopo la trascrizione fosse in colpa lo stesso acquirente, che non diede al Conservatore tutte le indicazioni necessarie, come, p. e., se si limitò a chiedere le inscrizioni esistenti a carico del suo immediato venditore, senza far parola delle inscrizioni accese contro i più antichi proprietari. Allora, non essendo la omissione imputabile al Conservatore, ma allo stesso acquirente, al creditore omesso non possono non rimaner salvi ed integri i suoi diritti sul fondo (2).

Secondo i principj del Codice Civile la vendita purga *ipso jure* le ipoteche ed i privilegi non inscritti, e dopo di essa nessuna inscrizione può più essere accesa sul fondo alienato. La trascrizione non è che una formalità preparatoria del giudizio di purgazione destinata a far conoscere al pubblico l'atto di alienazione ed è totalmente inutile alle ipoteche non inscritte al momento della stessa alienazione come quelle che rimasero estinte. Dopo la trascrizione non ad altro fine il possessore chiede il certificato delle accese inscrizioni se non per conoscere i creditori a cui devono essere fatte le notificazioni prescritte dall'articolo 2183. Maggiore importanza diede alla trascrizione il Codice di Procedura, il quale modificando in questa parte le massime del Codice Civile accordò la facoltà ai creditori ipotecari di accendere la inscrizione entro 15 giorni dalla detta trascrizione; la quale perciò serve a doppio scopo, in quanto che ed è la base fondamentale del giudizio di purgazione del fondo dalle ipoteche e privilegi debitamente inscritti, e purga altresì di per sè sola il fondo alienato dalle ipoteche e dai privilegi non inscritti entro i 15 giorni da che la medesima fu eseguita. Dopo la pubblicazione del detto articolo 834 del Codice di Procedura il terzo possessore che intraprende il giudizio di purgazione non può più contentarsi del certificato delle inscrizioni che gli viene rilasciato subito

(1) Troplong, art. 2198, n. 1004, 1006.
(2) Persil, art. 2198, n. 1 e 3.

dopo la trascrizione, ma deve aspettare che scorrano 15 giorni dalla stessa trascrizione, perchè in questo periodo di 15 giorni il fondo potrebbe venire coperto da nuove inscrizioni. Ciò posto, io porto opinione che il citato articolo 834 del Codice di Procedura recò inevitabilmente una modificazione alla disposizione dell'articolo 2198 del Codice Civile, e che questa perciò non è applicabile che alle inscrizioni omesse nel certificato rilasciato dopo i 15 giorni dalla trascrizione. Come può stare infatti che la trascrizione abbia la forza di purgare il fondo dalle inscrizioni omesse nel certificato rilasciato dopo di essa, se anche per tutto il termine di 15 giorni dalla detta trascrizione nuove inscrizioni possono validamente accendersi sul fondo? Secondo il Codice Civile nessuna inscrizione poteva essere presa sul fondo dopo la trascrizione del contratto di alienazione, e il terzo possessore aveva diritto di credere alla sola esistenza delle inscrizioni indicate nel certificato rilasciato dopo la trascrizione. Perciò l'articolo 2198 dichiara libero il fondo dalle ipoteche, di cui nel certificato rilasciato dopo la trascrizione fu omessa la inscrizione. Quest' ordine di cose fu mutato dal Codice di Procedura, secondo il quale la libertà del fondo dalle ipoteche non inscritte non è assicurata che scaduto il termine dei 15 giorni dalla trascrizione. Ripugna che i creditori, di cui fu omessa senza loro colpa la inscrizione nel certificato rilasciato dopo la trascrizione, sieno in peggior condizione dei creditori che non accesero la inscrizione prima della trascrizione. E siccome questi possono efficacemente chiederla ed ottenerla sino alla scadenza dei 15 giorni dalla eseguita trascrizione del contratto di alienazione, e la loro ipoteca rimane estinta solo allora quando non si curarono di inscriverla entro il detto termine dei 15 giorni; così è forza il concludere che anche le inscrizioni omesse nel certificato rilasciato subito dopo la trascrizione resteranno vive sul fondo, e che questo rimarrà libero e purgato dalle inscrizioni omesse nel certificato solo quando un tale certificato sia stato rilasciato 15 giorni dopo la detta trascrizione. Può darsi certamente che l'acquirente fidandosi di un certificato negativo rilasciatogli subito dopo la trascrizione dell' atto di acquisto, e credendo perciò libero il fondo, paghi il prezzo al venditore. Ma dopo le larghe massime sanzionate dal Codice di Procedura il possessore ignorar non deve che anche dopo la trascrizione possono comparire sul

fondo nuove inscrizioni, e deve dolersi della sua dabbenaggine, se fidandosi di un certificato rilasciatogli prima che sieno corsi 15 giorni dalla trascrizione, paga il prezzo al venditore prima della scadenza di questo termine. *Iura scripta sunt vigilantibus.*

1265. Non ostante che il fondo alienato rimanga libero in mano del terzo possessore dalle ipoteche, di cui fu omessa la inscrizione nel certificato rilasciato dal Conservatore dopo la trascrizione, pur nondimeno la legge riserva il diritto al creditore di comparire nel giudizio d' ordine e di farsi collocare secondo il competente grado, sino a che il prezzo non sia stato pagato dal compratore, ovvero sino a che la graduazione fra i creditori non sia stata omologata. Da questa riserva fatta dal legislatore in favore del creditore omesso, il Troplong, che ama distinguere nella ipoteca il diritto *de suite* dal diritto di preferenza, esercibile il primo contro il terzo possessore, ed il secondo in concorso dei soli creditori, tira la conseguenza elevata a principio generale che il diritto di preferenza sul prezzo può sopravvivere al diritto *de suite* ed esperimentarsi anche dopo che la ipoteca rimase estinta sul fondo (1). Falsa conseguenza, già da me confutata più sopra (2). Nel caso speciale contemplato nell' articolo 2198 il diritto di farsi collocare sul prezzo è accordato al creditore, perchè in realtà la ipoteca era viva sul fondo nel momento in cui venne rilasciato il certificato, e rimase estinta per colpa non sua.

Articolo 2199.

I Conservatori non possono, in verun caso, ricusare o ritardare la trascrizione degli atti di mutazione, l'inscrizione dei diritti ipotecarj, o il rilascio dei certificati che loro sono richiesti, sotto pena del risarcimento dei danni ed interessi delle parti, per il quale effetto sulla istanza del richiedente si

(1) Art. 2198, n. 1004.
(2) N. 1066, pag. 95.

stenderà, senza dilazione, processo verbale del rifiuto o del ritardo da un Giudice di Pace, o da un usciere di udienza del Tribunale, o da un altro usciere o notajo coll' assistenza di due testimonj.

SOMMARIO.

1266. Il Conservatore non deve farsi giudice della validità degli atti, di cui si domanda la trascrizione o la inscrizione, e deve senza indugio dare esecuzione alle istanze dei cittadini. Nei giorni feriali però non può essere obbligato a secondare le dimande che gli venissero fatte; ma non sarebbe nulla una inscrizione o una trascrizione fatta in un giorno di festa.

1266. Il Conservatore non può e non deve farsi giudice della validità degli atti, di cui gli viene chiesta o la trascrizione, o la inscrizione. E qualunque sia il titolo di nullità, onde potrebbero essere attaccati il documento a lui presentato o le due note, egli non può rifiutarsi all'adempimento di ciò che si riferisce al suo ministero. Dichiara perciò l' articolo 2199 che *in verun caso* i Conservatori non possono ricusare o ritardare la trascrizione degli atti di mutazione, la inscrizione dei diritti ipotecari, o il rilascio dei richiesti certificati, sotto pena della emenda dei danni alle parti che dal rifiuito o dalla negligenza di lui rimasero pregiudicate. Nei giorni però feriali rimanendo chiuso l' Uffizio delle Ipoteche, il Conservatore non può essere tenuto a secondare le instanze dei richiedenti. Il Persil cita anzi un Decreto della Corte di Cassazione, che dichiarò nulla una trascrizione fatta in un giorno di domenica (1). Io però mi soscrivo alla contraria opinione del Troplong (2), il quale giudica valide le inscrizioni accese dal Conservatore in un giorno festivo, trattandosi della esecuzione di un atto materiale che non ha altro scopo che la conservazione di un diritto già nato e competente. E qui m' importa il notare che proclamando la massima che il Conservatore non può e non deve farsi giudice della validità degli atti, di cui gli si domanda la trascrizione o la inscrizione, non mi metto

(1) Persil, art. 2199, n. 2.
(2) Troplong, art. 2199, n. 1008.

in contraddizione con ciò che ho detto più sopra sotto il n. 131 (1). Imperocchè dal caso della chiesta cancellazione di una inscrizione non può argomentarsi a quello della trascrizione di un atto di alienazione o della inscrizione di una ipoteca o di un privilegio; in quanto che la trascrizione e la inscrizione sono atti conservatori, laddove la cancellazione porta la estinzione dei diritti già competenti al creditore, e una volta eseguita, comecchè coll' appoggio di un atto illegale, può recare al creditore un danno irreparabile.

Articolo 2200.

Ciò nondimeno i Conservatori saranno obbligati di tenere un registro, nel quale inscriveranno, giorno per giorno, e con ordine numerico, le consegne che loro verranno fatte degli atti di mutazione per essere trascritti, o le consegne delle note per essere inscritte; daranno ai richiedenti un riscontro in carta bollata nel quale si esprimerà il numero del registro in cui ne sarà annotata la consegna, e non potranno trascrivere gli atti di mutazione, nè inscrivere le note nei registri a ciò destinati, se non colla data e secondo l' ordine delle consegne che saranno ad essi fatte.

Articolo 2201.

Tutti i registri dei Conservatori devono essere in carta bollata, numerati e vidimati in ciascuna pagina dal primo all' ultimo foglio, da uno dei Giudici del Tribunale nel cui distretto è stabilito l' Ufficio. Questi registri saranno chiusi e firmati ogni giorno come quelli della registrazione degli atti.

(1) Pag. 24.

Articolo 2202.

I Conservatori sono tenuti di conformarsi, nell' esercizio delle loro incombenze, a tutte le dispôsizioni di questo capo, sotto pena d' una multa di due cento fino a mille lire per la prima contravvenzione, e della destituzione per la seconda; senza pregiudizio dei danni ed interessi delle parti, che saranno pagati in preferenza della multa.

Articolo 2203.

Le menzioni di deposito, le inscrizioni e le trascrizioni sono fatte nei registri successivamente, senza lasciare veruno spazio in bianco od interlinee, sotto pena, contro il Conservatore, di mille fino a due mila lire di multa, e del risarcimento dei danni ed interessi delle parti, pagabili pure in preferenza della multa.

SOMMARIO.

1267. Le norme e cautele intese a tutelare l' interesse dei terzi imposte dalla legge al Conservatore, devono essere da lui a tutto rigore osservate sotto l' obbligo della emenda dei danni ed interessi verso le parti lese e sotto le pene contro di lui minacciate negli articoli 2202 e 2203.

1268. Cenno delle disposizioni dei Codici delle Due Sicilie, e di Parma, del Regolamento Ipotecario Pontificio, del Sovrano Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche, e dei Codici di Sardegna e di Modena riguardanti la pubblicità dei Registri dell' Uffizio delle Ipoteche, e la risponsabilità dei Conservatori.

1267. Sono gelose e della massima importanza le incombenze affidate al Conservatore delle Ipoteche, che è in certo modo il depositario ed il custode dei più vitali interessi dei cittadini.

Deve perciò rigorosamente e scrupolosamente osservare le norme a lui prescritte colle disposizioni chiarissime degli articoli 2200, 2201, 2202, 2203, le quali mirano ad impedire qualsiasi abuso od irregolarità in pregiudizio dei terzi. Dell' interesse dei quali si mostrò grandemente sollecito il legislatore, il quale non contento di render risponsabile il Conservatore della emenda dei danni ed interessi verso le parti lese, lo minacciò altresì delle pene stabilite coi citati articoli 2202 e 2203.

1268. Tutte le disposizioni contenute sotto il capo X — *Della pubblicità dei Registri e della Risponsabilità de' Conservatori* — sono ripetute dal Codice delle Due Sicilie (1) e dal Codice di Parma (2). Se non che mentre il Codice Napoleone nell'articolo 2198 dichiara che lo stabile, in ordine al quale il Conservatore avesse omesso ne' suoi certificati di riferire uno o più pesi inscritti, rimane libero da tali pesi nel nuovo possessore, purchè questi abnia richiesto il certificato *dopo la trascrizione del suo titolo,* il Codice di Parma dispone nell' articolo 2254 che nel detto caso lo stabile rimane libero dei carichi omessi nel certificato, purchè il nuovo possessore abbia richiesto il certificato *dopo i quaranta giorni da quello della trascrizione del suo titolo;* e ciò perchè giusta l' articolo 2220 del lodato Codice i creditori che hanno diritti d' ipoteca o di privilegio sul fondo acquistato anteriormente alla vendita o donazione, possono ancora notificarli *entro il termine di quaranta giorni dal dì della trascrizione.*

Il Regolamento Ipotecario Pontificio dispone esso pure nel § 251, ad imitazione dell' articolo 2196 del Codice Napoleone, che « i Conservatori sono tenuti di dare a tutti coloro che la richiedono, copia degli atti esistenti ne' loro registri, e lo stato delle 'inscrizioni *non perente e non cancellate,* ovvero il certificato che non ne esiste alcuna. » E nel § 252 dìchiara che « non potranno negare alla parte che lo richiede, lo stato particolare delle inscrizioni sopra un fondo determinato; » ma che « dovranno inserirvi le inscrizioni d' ipoteca generale, e quelle pure che, per somiglianza di nomenclatura, di confini, o di vocaboli, si potessero ragionevolmente credere gravanti lo stesso fondo. » Dispone pur anche nel § 253 che « i Conservatori sono tenuti

(1) Art. 2097, 2098, 2099, 2100, 2101, 2102, 2103, 2104.
(2) Art. 2252, 2253, 2254, 2255, 2256, 2257, 2258, 2259.

pe' danni derivanti, 1° dalle omissioni nei registri delle trascrizioni degli atti, e delle inscrizioni richieste al loro Uffizio; 2° *dalla mancanza di alcune delle indicazioni contenute nelle note, e prescritte dalla legge sotto pena di nullità;* 3° dalla mancanza di menzione ne' loro estratti o certificati di una o più inscrizioni esistenti, eccetto che, in questo ultimo caso, l'errore provenga da indicazioni insufficienti che non potessero essere loro imputabili. » Ripete nel § 254 la disposizione dell' articolo 2198 del Codice Napoleone, e nel § 255 quella dell' articolo 2199 dello stesso Codice, dichiarando però nel detto § 255 che « i Conservatori non possono, in verun caso, ricusare o ritardare la trascrizione degli atti e la inscrizione delle ipoteche, *quando le richieste siano fatte nelle debite forme.* Ripete altresì nel § 256 la disposizione dell' articolo 2202 del Codice Napoleone dichiarando che la multa, nella quale incorreranno i Conservatori sarà *non minore di scudi quaranta e non maggiore di duecento.* L' ordinamento poi e la disciplina degli Uffizi delle Ipoteche, la forma, il numero e la qualità dei registri, le tasse dovute al Tesoro ed i salari dei Conservatori sono regolati con particolari disposizioni.

Il Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche ripete con poche modificazioni negli articoli 190, e 191 (1) i §§ 251, 252 e 253 del Regolamento Ipotecario Pontificio. Nell'articolo 192 ripete la disposizione dell' articolo 2198 del Codice Napoleone, dichiarando però, ad imitazione del già citato articolo 2254 del Codice di Parma, che l' immobile passa libero dagli oneri omessi nel certificato, quando il nuovo possessore abbia richiesti i cer-

(1) « I Conservatori delle Ipoteche sono in obbligo di rilasciare a tutti coloro che la richiedono copia delle inscrizioni che tuttora sussistono, o un supplemento alla copia già rilasciata, o un certificato negativo. — Non potranno ricusare i Conservatori, essendone richiesti, il certificato comprovante le inscrizioni esistenti sopra un immobile determinato, invece del prospetto generale delle inscrizioni che aggravano il possessore. — Queste copie, prospetti o certificati devono firmarsi di proprio pugno dal Conservatore delle Ipoteche, e questa firma deve essere contrassegnata col bollo e marchio assegnato all' Uffizio di Conservazione. » (Art. 190.) — « I Conservatori sono tenuti per i danni derivanti: 1° Dall' avere omesso nei registri le inscrizioni state loro richieste, e *dall' avere anticipato o preposterato le date;* 2° Dall' avere trascurate alcune delle menzioni sostanziali contenute nelle note; 3° E dall' avere tralasciato d' inserire nei certificati una o più delle inscrizioni esistenti, a meno chè ciò non derivasse da inesattezza, o insufficienza delle indicazioni state loro esibite. » (Art. 191.)

tificati *due mesi dopo la voltura dell' acquisto.* Ripete altresì nell' articolo 193 la disposizione dell'articolo 2199 del Codice Napoleone. Dichiara nell' articolo 194 che « nei certificati non possono comprendere i Conservatori che *le inscrizioni vive e sussistenti*, e quanto a quelle rinnovate, le sole inscrizioni rinnovate, omesse le precedenti. » Ripete negli articoli 195 e 196 gli articoli 2200 e 2201 del Codice Napoleone. Dispone nell' articolo 197, ad imitazione dell' articolo 2203 del Codice Napoleone, che « le menzioni di deposito e le inscrizioni si debbono fare nei registri successivamente, senza lasciare nessuno spazio in bianco, senza interlinee, postille, e raschiature, alla pena per il Conservatore di una multa dai fiorini 200 fino ai 500, *e del risarcimento dei danni ed interessi alle parti.* » Dispone inoltre nell' articolo 198 che « i registri delle Ipoteche si rendono pubblici per mezzo dei certificati che il Conservatore rilascia a chiunque gli domanda; » che però « non può negarsi, a chi la richiede, vista dei registri e repertori ipotecari coll' assistenza del Conservatore, o suo delegato. » Dichiara nell' articolo 199 che « rilevando i Conservatori delle irregolarità commesse nel trascrivere le note esibite loro dalle parti, possono emendarle di propria autorità, accendendo una nuova inscrizione, ma sotto l' obbligo di portarla alla data corrente, e dichiarare che essa è in correzione della prima. » Ripete nell' articolo 200 la disposizione dell' articolo 2202 del Codice Napoleone, fissando la multa minacciata contro i Conservatori a 50 fino a 200 fiorini per la prima contravvenzione; ma non conferma la preferenza data dal Codice Napoleone al credito delle parti lese per la emenda dei danni ed interessi sopra la multa. Dichiara nell'articolo 201 che l' azione ai danni contro i Conservatori si prescrive col termine di anni dieci (1); e obbliga coll' articolo 202

(1) « L' azione ai danni contro i Conservatori delle Ipoteche non è più deducibile decorsi che sieno anni dieci, contando dal giorno nel quale per una causa qualunque sieno cessate le loro incombenze in quell' Uffizio per dependenza della di cui gestione è dovuta la indennità. — Spirati gli anni dieci senza che sieno state dedotte contro i medesimi istanze giudiziali per interesse dei terzi danneggiati, deve radiarsi ogni ipoteca inscritta per le loro cauzioni. — I Tribunali competenti a conoscere di queste istanze contro i Conservatori sono sempre quelli stabiliti nei luoghi degli Uffizi nei quali si pretende che abbiano mancato. » (Art. 201.)

finalmente i Conservatori a somministrare una conveniente cauzione (1).

Il Codice di Sardegna ripete con leggerissime modificazioni nell'articolo 2320 (2) le disposizioni degli articoli 190 e 198 del succitato Motuproprio Toscano; nell' articolo 2321 (3) quelle del § 253 del Regolamento Ipotecario Pontificio, e dell' articolo 191 del Motuproprio Toscano; nell'articolo 2322 (4) la massima sta-

(1) « Prima di assumere il loro ufizio debbono i Conservatori somministrare una cauzione in beni stabili nella proporzione che verrà indicata, da approvarsi quanto alla idoneità e sufficienza dai Tribunali competenti. — Debbono ancora prima di entrare in ufizio procurare che sia depositata in tutti i Tribunali Civili del Granducato la loro firma originale corredata del bollo, e marchio dell' Ufizio del quale assumono la gestione. » (Art. 202.)

(2) « I Conservatori delle Ipoteche sono tenuti a rilasciare a tutti coloro che lo richiedono copia delle trascrizioni fatte ne' loro registri, e quella delle inscrizioni, che tuttora sussistono, o il certificato che non ve ne esiste alcuna. — Potranno anche le parti chiedere la semplice visione degli stessi registri, senza la spedizione di copia o certificati, purchè si presentino assistite da un avvocato, o procuratore, o notaio nelle ore che saranno fissate in ciascun giorno dal Conservatore: e non sarà lecito ad alcuno il prendere copia da sè delle inscrizioni, consegne, registrazioni od altre note. » (Art. 2320.)

(3) « I Conservatori sono risponsabili per i danni risultanti, 1° Dalla omissione sopra i loro registri delle inscrizioni richieste e delle trascrizioni degli atti di mutazioni, e dell' ordinanza di spropriazione forzata; 2° Da mancanza di menzione nei loro certificati d' una o di più inscrizioni esistenti, eccettochè in quest' ultimo caso l' errore provenga da indicazioni insufficienti che non potessero essere loro imputabili; 3° *Per gli errori commessi sia nelle inscrizioni, sia nei certificati, semprechè la discrepanza che ne derivasse tra le inscrizioni e certificati suddetti, e le note e titoli rimessi all' Ufficio, abbia recato pregiudizio alle parti. — Il Conservatore non contrae alcuna risponsabilità dalla semplice visione data dei registri.* » (Art. 2321.)

(4) « Lo stabile, in ordine al quale il Conservatore avrà omesso ne' suoi certificati uno o più dei pesi inscritti, rimarrà, salva la risponsabilità del Conservatore, libero da questi pesi nelle mani del nuovo possessore, *purchè il certificato sia stato spedito dopo la scadenza dei trenta giorni successivi alla data della seguita trascrizione del titolo a tenore dell' art.* 2304, *o dopo il termine di tre mesi di cui nell' art.* 2305 *per le inscrizioni in esso contemplate,* senza pregiudizio però del diritto che spetta al creditore di farsi collocare secondo l' ordine del credito, sinchè il prezzo non sarà pagato, o la graduazione fra li creditori non sarà omologata definitivamente. » (Art. 2322.)

bilita nell' articolo 2254 del Codice di Parma; e nell' articolo 2323 la disposizione dell' articolo 2199 del Codice Napoleone. Negli articoli 2324, 2325 e 2326 fissa opportune norme e discipline relative ai registri ipotecari, e finalmente nell' articolo 2327, ad imitazione dell' articolo 2202 del Codice Napoleone, determina le pene in cui incorreranno i Conservatori che mancano al dover loro nell' esercizio delle loro incombenze (1).

Il Codice di Modena ripete coi seguenti termini negli articoli 2253, 2254, 2255, 2256, 2257, 2258, 2259, 2260, le disposizioni del Codice Napoleone contenute sotto il capo — *Della pubblicità dei registri:* — Art. 2253. « *I Conservatori delle Ipoteche sono tenuti a dare a tutti coloro, che ne fanno dimanda, comunicazione degli atti trascritti ne' loro registri, e certificato delle inscrizioni che tuttora sussistono, o il certificato che non ne esiste alcuna.* « Art. 2254. « *I Conservatori sono tenuti pei danni derivanti dalle omissioni sopra i loro registri delle trascrizioni degli atti, e delle inscrizioni richieste al loro Uffizio; Da mancanza di menzione ne' loro certificati d' una o di più inscrizioni esistenti, eccetto che in quest' ultimo caso l' errore provenga da indicazioni insufficienti, che non potessero essere loro imputabili.* » Art. 2255. « *Lo stabile, in ordine al quale il Conservatore avesse omesso ne' suoi certificati di riferire uno o più de' carichi inscritti, rimane, salva ogni azione contro il Conservatore, libero da tali carichi nel nuovo possessore, purchè questi abbia richiesto il certificato dopo fatta la trascrizione del suo titolo; senza pregiudizio però del diritto de' creditori di farsi collocare secondo il rispettivo loro grado, sino a che il prezzo non sia stato pagato dal compratore, ovvero sino a che la graduazione fra i creditori non sia stata ultimata.* » Art. 2256. « *I Conservatori non possono in verun caso ricusare o ritardare la trascrizione degli atti, l' inscrizione de' diritti d' ipoteca o*

(1) « I Conservatori sono tenuti di conformarsi nell' esercizio delle loro incumbenze a tutte le disposizioni di questo capo (*Della pubblicità dei registri, e della risponsabilità de' Conservatori*,) ed alle altre disposizioni delle leggi e dei regolamenti che li riguardano, sotto pena di una multa estensibile a lire duemila, ed eziandio, occorrendo, della sospensione, o destituzione dall' impiego. — S' intenderà pure riservata alle parti l' azione pel risarcimento dei danni, che verranno pagati di preferenza alla multa, e senza pregiudizio delle disposizioni contenute nelle leggi penali cui fosse luogo. » (Art. 2327.)

privilegio, o la consegnazione dei certificati che loro sono richiesti, sotto pena dei danni ed interessi delle parti; pel quale effetto sull' istanza del richiedente si fa processo contro il rifiuto o ritardo per atto di notaro coll' assistenza di due testimoni. » Art. 2257. « *I Conservatori sono obbligati di tenere un registro, nel quale inscriveranno giorno per giorno, e con numero progressivo le consegnazioni che loro vengono fatte degli atti da trascrivere, e delle note da essere inscritte; danno pure ai richiedenti una ricevuta con numero progressivo, nella quale è espressa la data della presentazione della nota, la tassa pagata, e il montare della somma da inscrivere, o del titolo da trascrivere; e non possono trascrivere gli atti, nè eseguire le inscrizioni sui registri a ciò destinati, se non colla data e secondo l' ordine delle consegnazioni che sono ad essi fatte.* » Art. 2258. « *Ai registri dei Conservatori debbono essere precedentemente apposti in ciascuna pagina dal primo all' ultimo foglio il numero e la soscrizione dal Presidente o da un Giudice da lui commesso del Tribunale, nella cui giurisdizione è stabilito l' Uffizio del Conservatore. — Questi registri sono chiusi e sottoscritti ogni giorno dal Conservatore medesimo.* » Art. 2259 « *I Conservatori sono tenuti a conformarsi nell' esercizio delle loro incombenze a tutte le disposizioni di questa Sezione, sotto pena di una multa di cinquanta fino a ducento cinquanta lire italiane per la prima contravvenzione, e della destituzione per la seconda; e tutto ciò oltre l' azione delle parti pei danni ed interessi, che saranno pagati in preferenza della multa.* » Art. 2260. « *Le menzioni di deposito, le inscrizioni e le trascrizioni sono fatte nei registri di seguito, senza lasciare veruno spazio in bianco od interlinee, sotto pena contro il Conservatore di ducento cinquanta a cinquecento lire italiane di multa; e ciò oltre l'azione delle parti pei danni ed interessi, da pagarsi pure in preferenza della multa.* »

FINE DEL VOLUME QUINTO ED ULTIMO.

SOMMARI DEL PRIMO VOLUME.

Capo I.

DISPOSIZIONI GENERALI.

Articolo 2092. — *Pag. 1.*

1. Ogni obbligazione è un vincolo. La obbligazione si distingue in naturale, civile e mista. La obbligazione veramente efficace in faccia alla legge civile è la obbligazione mista.
2. La obbligazione è un vincolo della persona. Personale è quindi l'azione che da questo vincolo deriva.
3. Per Diritto Romano il risultato dell'azione personale era un giudizio di esecuzione sulle sostanze del debitore.
4. La Legge Romana però pone alcuni freni all'esigenze del creditore, sottraendo nei giudizi di esecuzione alcune cose alla vendita.
5. La disposizione dell' art. 2092 del Codice Napoleone non è che la ripetizione e conferma di un principio proclamato dalla romana giurisprudenza.
6. L' espressioni generali del detto articolo—*mobiliari ed immobiliari*— abbracciano l' intero patrimonio del debitore, compresi i diritti e le azioni al medesimo competenti, salva la restrizione fatta al detto articolo dalla disposizione dell' articolo 592 del Codice di Procedura.
7. Qualunque creditore, anche chirografario, può procedere alla espropriazione dei beni immobili appartenenti al debitore, purchè il credito di lui abbia le qualità volute dall' articolo 2213.
8. L' espressioni dell' articolo 2092—*Chiunque siasi obbligato personalmente*—hanno un significato larghissimo e si riferiscono a qualunque debitore, qualunque sia la causa della sua obbligazione.
9. Quale è la forza e natura della garanzia che l' articolo 2092 dà al creditore sui beni del suo debitore?
10. Il creditore chirografario non ha alcun diritto sui beni dal debitore alienati. Al contrario l' alienazione dei beni vincolati con ipoteca non pregiudica ai diritti del creditore.
11. Quali sono propriamente i diritti che il creditore chirografario può esercitare sui beni del debitore, che in forza del citato articolo 2092 stanno a sua garanzia?

12. La garanzia che ha il creditore sui beni gravati a favor suo con vincolo ipotecario, è più efficace di quella che ha il semplice creditore chirografario sul patrimonio del debitore in forza del citato articolo 2092.
13. La massima stabilita nell'articolo 2092 del Codice Napoleone è ripetuta dai Codici delle Due Sicilie, di Parma, di Sardegna, dal Sovrano Motuproprio sopra i privilegi e le ipoteche pubblicato in Toscana il 2 maggio 1836, e finalmente dal nuovo Codice Estense.

Articolo 2093. — *Pag. 13.*

14. La garanzia che hanno i creditori sui beni del debitore è più o meno forte secondo che sono o ipotecari o chirografari.
15. Perchè tra i creditori chirografari la distribuzione del prezzo dei beni del debitore si fa per contributo? La disposizione dell'art. 2093 è la conferma delle massime della romana giurisprudenza.
16. La massima dell'articolo 2093 è ripetuta nei Codici delle Due Sicilie, di Parma, di Sardegna, e nel Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche. Nel nuovo Codice Estense fu ripetuta con un'aggiunta modificazione, riguardante il compenso d'assicurazione per caso d'incendio.
17. Si dà ragione della riforma fatta dall'articolo 2095 del Progetto Vatimesnil.
18. Si nota la differenza tra l'articolo 2095 del Progetto Vatimesnil e l'articolo 2115 del Codice Estense.

Articolo 2094. — *Pag. 20.*

19. Per Gius Romano le cause legittime di prelazione sono i privilegi ed il pegno.
20. Secondo il Codice Napoleone le cause legittime di prelazione sono i privilegi e le ipoteche.
21. Non bisogna confondere i privilegi e le ipoteche colle azioni che nascono dal gius di dominio.
22. Oltre i privilegi ed il pegno, il Gius Romano ammette il diritto di *ritenzione*.
23. Il diritto di *ritenzione* è pure ammesso dal Codice Napoleone.
24. Anche secondo i Codici delle Due Sicilie, di Parma e di Sardegna le cause legittime di prelazione sono i privilegi e le ipoteche.

L'articolo 3 della Legge Ipotecaria Toscana non è diverso nella sostanza dall'art. 2094 del Codice Napoleone. Anche il Codice di Modena ripete la massima dell'art. 2094 del Codice Napoleone.

Capo II.

DEI PRIVILEGI.

Articolo 2095. — *Pag. 27.*

25. In che consiste il privilegio.
26. Il Gius Romano distingueva i privilegi dalle ipoteche privilegiate.
27. I privilegi del Codice Napoleone hanno molta affinità ed analogia colle ipoteche privilegiate romane.
28. I privilegi sono preferiti tanto ai creditori chirografari, quanto ai creditori ipotecari, senza alcun riguardo alla data della ipoteca.
29. Si confuta il Duranton, il quale pretende che la regola, giusta la quale i creditori privilegiati sono preferiti ai creditori ipotecari, soffre alcune eccezioni e limitazioni.
30. La disposizione dell'art. 2095 è stata ripetuta dai Codici delle Due Sicilie, di Parma, di Sardegna, dal Regolamente Ipotecario Pontificio, e dal Codice Estense. Meglio di tutti definisce il privilegio la Legge Toscana.

Articolo 2096. — *Pag. 35.*

31. Quando concorrono più creditori chirografari, la distribuzione del prezzo dei beni del debitore si fa per contributo senza riguardo alla data dei crediti.
32. Quando concorrono più creditori ipotecari sulla stessa cosa, il grado è determinato dalla data di ciascuna ipoteca tanto secondo i principj romani, quanto secondo quelli del Codice Napoleone.
33. Ne caso di concorso di più privilegi, il Diritto Romano ne determina il grado colla regola — *Privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa.* —
34. La stessa regola è stata adottata dall'art. 2096 del Codice Napoleone.
35. Quando si verifica un conflitto tra più creditori privilegiati sulla stessa cosa, il grado di preferenza si misura sempre colla scorta

della detta regola romana — *Privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa.* —

36. La stessa regola è stata ripetuta dai Codici delle Due Sicilie, di Parma, di Sardegna, e di Modena.

Articolo 2097. — *Pag. 38.*

37. La regola del contributo viene dalle Romane Leggi applicata anche al caso di più creditori ipotecari della stessa data.
38. Il Gius Romano segue la stessa regola nel caso di più privilegi dello stesso titolo. Se il Diritto Romano applichi la stessa regola al caso di concorso di più ipoteche privilegiate del medesimo titolo.
39. Il Codice Napoleone nel caso di concorso di più privilegi dello stesso titolo, si attiene strettamente alla regola romana stabilita pei privilegi inerenti alle azioni personali — *Si ejusdem tituli fuerint, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint.*
40. Si difende la disposizione dell'articolo 2097 contro la censura fattane dal Troplong.
41. Si conclude che la disposizione dell'articolo 2097 è la ripetizione fatta con molto senno e giustizia della massima proclamata dalla L. 32, D. *De reb. auct. Jud. possidendis.*
42. La massima dell'articolo 2097 fu confermata nel Progetto Vatimesnil.
43. La stessa massima è ripetuta nei Codici delle Due Sicilie, di Parma, di Sardegna, dal Regolamento Ipotecario Pontificio, dal Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche e dal nuovo Codice Estense.

Articolo 2098. — *Pag. 46.*

44. Quali diritti competevano per Diritto Romano al Fisco sui beni dei debitori?
45. Quali diritti accordavano le Leggi Romane sui beni dei debitori alle Città o Municipi?
46. Il codice Napoleone accorda al Tesoro Pubblico il diritto di privilegio sui beni dei debitori.
47. Da quali leggi sono regolati i privilegi del Pubblico Tesoro?
48. Che cosa dispone la Legge del 5 settembre 1807 relativa ai diritti del Tesoro Pubblico sopra i beni dei contabili?
49. Quali diritti competono al Tesoro Pubblico in forza dell'altra Legge

del 5 settembre per ricuperare le spese di giustizia in materia criminale, correzionale, e di polizia?

50. E quali diritti accorda al Pubblico Tesoro la Legge dei 12 novembre 1808 per la riscossione delle contribuzioni dirette?
51. I privilegi del Tesoro Pubblico sono applicabili al Tesoro della Corona?
52. La Legge del 5 settembre relativa al privilegio del Tesoro Pubblico per le spese di giustizia è applicabile alle ammende?
53. Le citate Leggi contemplano esclusivamente i privilegi del Tesoro.
54. Quale è il senso delle ultime parole dell'articolo 2098?
55. L'Assemblea legislativa della ultima Repubblica Francese adottò l'articolo 2099 del Progetto Vatimesnil, che lasciava intatti i privilegi accordati al Tesoro dalle Leggi sopracitate.
56. Quali diritti il Codice delle Due Sicilie accorda al Tesoro Pubblico?
57. Che cosa dispone l'articolo 2126 del Codice di Parma intorno ai privilegi del Tesoro?
58. Quali diritti dà al Tesoro Pubblico il Codice di Sardegna?
59. Quali privilegi concede all'Erario Pubblico il Regolamento Ipotecario Pontificio?
60. Quali diritti accorda il Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche al Tesoro, e alle Pubbliche Amministrazioni?
61. Si loda la disposizione dell'articolo 2120 del Codice di Modena, riguardante il privilegio dello Stato e delle Comuni.

Articolo 2099. — *Pag. 60.*

62. I privilegi del Codice Napoleone possono essere costituiti tanto sopra i beni mobili, quanto sopra i beni immobili.
63. Quali cose sono capaci dei privilegi, a cui possono essere soggetti gl'immobili?
64. Anche i beni che sono immobili per la loro destinazione sono capaci dei privilegi costituiti sugl'immobili.
65. Può l'usufrutto delle cose immobiliari essere capace di privilegio?
66. Per regola generale i diritti di uso e di abitazione non possono essere suscettivi nè di privilegio, nè d'ipoteca. In quale caso tali diritti potrebbero esserne capaci?
67. Per Diritto Romano le servitù prediali sono incapaci di pegno e d'ipoteca.
68. Anche secondo le massime del Codice Napoleone le servitù prediali non possono essere suscettive nè d'ipoteca, nè di privilegio.

69. Sono pure incapaci di privilegio e d'ipoteca le azioni che tendono a rivendicare un immobile.
70. Si confuta la opinione del Persil, il quale sostiene che nel caso delle azioni che tendono a rivendicare un immobile, rimangono gravati del privilegio o dell'ipoteca gl'immobili che delle stesse azioni sono l'oggetto.
71. Per Diritto Romano il dominio utile del fondo enfiteutico è capace d'ipoteca.
72. Anche secondo le massime del Codice Napoleone è capace di privilegio e d'ipoteca il dominio utile dell'enfiteuta.
73. È pur capace di privilegio e d'ipoteca il dominio diretto del direttario.
74. Sugli accennati punti contemplati sotto i n. 72 e 73 ha tolto ogni pretesto e occasione di disputa il Codice Estense.
75. Quali cose sono capaci del privilegio costituito sui beni mobili?
76. I beni mobili divenuti immobili per destinazione, quando cadranno sotto il privilegio dei mobili?
77. Le obbligazioni e le azioni, che hanno per oggetto somme esigibili o effetti mobiliari, e così anche le rendite, cadono sotto il privilegio, di cui sono capaci i beni mobili.
78. Di privilegio non sono capaci i beni, o siano mobili, o siano immobili, che non sono in commercio.
79. Dai privilegi costituiti sugli immobili nasce l'azione reale ipotecaria contro i terzi possessori. Al contrario contro i terzi possessori di mobili a privilegio sottoposti, nessuna azione è concessa al creditore privilegiato.
80. La massima stabilita dall'articolo 2099 è ripetuta dai Codici delle Due Sicilie, di Parma, di Sardegna, dal Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche, dal Regolamento Ipotecario Pontificio, e dal Codice di Modena.

DEI PRIVILEGI SOPRA I MOBILI.

Articolo 2100. — *Pag. 82.*

81. I privilegi, che colpiscono i mobili, si distinguono in due classi: gli uni sono *generali*, gli altri *speciali*.
82. I privilegi generali abbracciano tutte le cose che sono mobili o per natura o per determinazione della legge.
83. I privilegi generali colpiscono anche i denari.

84. Il creditore privilegiato sulla generalità dei mobili può esercitare il suo privilegio sul gius di usufrutto competente al debitore su beni mobili. Può esercitarlo sui frutti del fondo goduto in usufrutto dal debitore? E sugli alberi dello stesso fondo già morti all'epoca del giudizio di concorso?
85. I creditori che hanno un privilegio generale sui mobili, se nel patrimonio del debitore trovansi immobili gravati d'ipoteche, possono esperimentare il loro privilegio anche sui frutti dei detti immobili maturati e scaduti anteriormente all'azione esercitata dai creditori ipotecari.
86. Alle cose, che non possono essere nè gravate, nè vendute, non si possono estendere i privilegi generali.
87. I privilegi, qualunque siano le cose che ne sono il subbietto, sono di stretto diritto, e non ammettono la interpretazione estensiva.
88. La distinzione fatta dall'articolo 2100 del Codice Napoleone trovasi ripetuta nei Codici delle Due Sicilie, di Parma, di Sardegna e di Modena.

DEI PRIVILEGI GENERALI SOPRA I MOBILI.

Articolo 2101. — *Pag. 90.*

89. Le spese giudiziali fatte per l'interesse della massa dei creditori erano per Diritto Romano prelevate dal prezzo dei beni da distribuirsi agli stessi creditori.
90. Il Codice Napoleone accorda alle spese giudiziali il privilegio generale sui mobili. Un tale privilegio compete alle sole spese giudiziali sostenute per l'interesse comune di tutti i creditori.
91. Si citano parecchie Decisioni in conferma della interpretazione data all'articolo 2101 riguardo alle spese giudiziali.
92. Godono del privilegio accordato alle spese giudiziali quelle che si fanno dall'erede benefiziato per l'interesse della eredità benefiziata.
93. La regola generale dell'art. 2101, n.° 1° è subordinata nella sua applicazione alle particolari disposizioni del Codice di Procedura.
94. Il privilegio generale accordato alle spese giudiziali è confermato dai Codici delle Due Sicilie, e di Parma.
95. Anche il Codice di Sardegna conferma, quanto alle spese di giustizia, la disposizione dell'art. 2101 del Codice Napoleone.
96. Fa lo stesso il Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche.

97. Il Regolamento Ipotecario Pontificio attribuisce ad alcuni crediti, e in primo luogo alle spese di giustizia, il privilegio di essere detratti o prelevati dai beni del debitore, prima che vengano soddisfatti i creditori privilegiati.
98. Il Codice di Modena conferma anch' esso il privilegio generale accordato dal Codice di Parma alle spese giudiziali.
99. Il Pretore accordò l' azione funeraria per ripetere le spese funeratizie sostenute per un defunto cittadino.
100. L' azione romana funeraria è personale privilegiata; ma per uno speciale favore il privilegio attribuito a quest' azione è preferito anche ai creditori ipotecari, e persino a quelli che hanno una ipoteca privilegiata.
101. Il Codice Napoleone accorda alle spese funeratizie il privilegio generale sui mobili.
102. Un tale privilegio potrà esercitarsi per qualunque somma spesa?
103. Quali sono veramente le spese funeratizie che goder possono del privilegio?
104. Quale distinzione fa il Voet intorno alle vesti di lutto della vedova e dei servi?
105. Si fa plauso alla opinione del Grenier e del Troplong, che negano il privilegio al credito per le vesti di lutto della vedova e dei servi del defunto.
106. Chi sostenne le spese pei funerali di un figlio di famiglia potrà sui beni del padre reclamare il privilegio generale accordato dall' articolo 2101?
107. Rimane gravato del privilegio generale attribuito dall' articolo 2101 alle spese funerarie il patrimonio della persona obbligata al pagamento di dette spese.
108. Il privilegio delle spese funerarie può essere esercitato da un cessionario.
109. Se un terzo paga il creditore delle spese funeratizie con denari propri, potrà dal debitore pretenderne il rimborso con privilegio, sebbene non abbia all' atto del pagamento stipulata la surroga nelle ragioni del dimesso creditore?
110. Il Codice delle Due Sicilie accorda, come fa il Codice Napoleone, il privilegio sopra la generalità dei mobili alle spese funeratizie: ma il Codice di Parma nell' accordare alle spese funeratizie lo stesso privilegio, fissa i limiti entro i quali un tale privilegio deve essere contenuto.
111. Il Codice di Sardegna concede il privilegio sopra la generalità dei mobili alle spese funebri *secondo le consuetudini locali*, e toglie la questione che si fa dagl' Interpreti del Codice Napoleone intorno alle vesti da lutto della vedova.

112. Il Regolamento Ipotecario Pontificio colloca le spese funebri nel numero di quei crediti, ai quali viene attribuito il privilegio di essere prelevati dai beni del debitore, e determina la qualità delle spese, a cui compete il detto privilegio.

113. Anche il Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche determina la qualità delle spese funerarie, a cui accorda il privilegio generale sui beni immobili e mobili del debitore.

114. Colle stesse limitazioni e dichiarazioni accorda il Codice di Modena il privilegio generale alle spese funerarie.

115. La opinione di quegl' Interpreti del Diritto Romano, che attribuivano alle spese dell' ultima infermità lo stesso privilegio delle spese funeratizie, fu in ogni dove confermata dall' autorità dei Tribunali.

116. Il Codice Napoleone, attenendosi a questa giurisprudenza, attribuisce alle spese dell' ultima infermità il privilegio sulla generalità dei mobili.

117. Quali sono propriamente le spese che possono godere del privilegio accordato alle spese dell' ultima infermità?

118. Con qual regola deve misurarsi la quantità delle spese dell' ultima infermità cui compete il privilegio?

119. A quali spese accennano le parole *dell' ultima infermità?*

120. Aprendosi il fallimento ed il giudizio di concorso durante lo stato di malattia od anche di convalescenza del debitore, i creditori delle spese di quest' ultima malattia potranno invocare il privilegio accordato dalla legge alle spese dell' ultima infermità.

121. Quando trattasi di malattia cronica, saranno privilegiate le spese di tutto il lungo periodo della sua durata?

122. Le somministrazioni di alimenti fatte all'infermo godono dello stesso privilegio accordato alle spese della infermità?

123. I creditori delle spese dell' ultima infermità godono del privilegio in proporzione eguale.

124. Il Codice delle Due Sicilie accorda anch' esso il privilegio sopra la generalità dei mobili alle spese dell' ultima infermità.

125. Il Codice di Parma concede lo stesso privilegio alle spese di ultima infermità, e determina con una esplicita dichiarazione quali spese godano del privilegio.

126. Anche il Codice di Sardegna accorda lo stesso privilegio alle spese di ultima infermità, *con che in niun caso si estendano ad un tempo anteriore di un anno al giorno del decesso.*

127. Il Regolamento Ipotecario Pontificio mette le spese di ultima infermità tra i crediti, ai quali attribuisce il privilegio di essere detratti o prelevati dai beni del debitore, e determina la qualità delle spese che possono godere di un tale privilegio.

128. Anche il Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche determina la qualità delle spese di ultima malattia, a cui concede un privilegio generale sui beni immobili e mobili.

129. Il Codice di Modena altresì dichiara quali sono le spese di ultima infermità, a cui accorda il favore del privilegio sopra la generalità dei mobili.

130. Il Codice Napoleone tra i crediti privilegiati sopra la generalità dei mobili colloca dopo le spese dell' ultima infermità *i salari delle persone di servizio.*

131. È gran disputa tra gl' Interpreti intorno al significato delle parole dell' articolo 2101 —*persone di servizio.*

132. Quale è il vero significato che deve attribuirsi alle dette parole?

133. Gli operai ed i giornalieri non possono mai pretendere il privilegio accordato alle persone di servizio.

134. Le persone di servizio godono dell' anzidetto privilegio, sebbene sieno stipendiate non ad anno, ma a mese.

135. Il detto privilegio è accordato ai salari delle persone di servizio *per l' anno scaduto e per l' anno corrente.*

136. Il domestico, che vuol far uso dell' accennato privilegio, deve trovarsi al servizio nel tempo, in cui si apre il concorso dei creditori?

137. I crediti delle persone di servizio verso il padrone per cause diverse dai salari non godono di alcun privilegio.

138. Entro quali limiti accordano il privilegio sopra la generalità dei mobili ai salari delle persone di servizio i Codici delle Due Sicilie, di Parma, di Sardegna, la Legge Ipotecaria Pontificia, il Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche, e il Codice di Modena?

139. L' ultimo titolo, a cui l' articolo 2101 accorda il privilegio generale sui mobili, sono *le somministrazioni di sussistenza.*

140. Quale è il significato della parola *alimentum* nel linguaggio della romana giurisprudenza?

141. Quale significato attribuiscono i Giureconsulti Francesi alla parola *alimens?*

142. Il privilegio accordato dall' articolo 2101 deve limitarsi alle somministrazioni delle cose necessarie al nutrimento e al sostentamento dell' individuo.

143. Perchè il detto privilegio competa, è necessario primieramente che chi fa le somministrazioni di sussistenza sia o un venditore al minuto, o un mercante all' ingrosso, o un padrone di locanda. Quale è il vero significato delle parole —*padroni di locanda?*—

144. È necessario in secondo luogo aver riguardo al tempo delle fatte somministrazioni.

145. In terzo luogo deve aversi riguardo alla qualità delle fatte somministrazioni.
146. Godono del privilegio accordato alle somministrazioni di sussistenza, le somministrazioni delle legna e del carbone e delle vestimenta?
147. I direttori delle case di convitto per le somministrazioni fatte ai loro convittori d'inchiostro, di libri, penne, carta e di simili oggetti, godranno dello stesso privilegio che hanno per la pensione o dozzina?
148. L'accennato privilegio è accordato alle somministrazioni di sussistenza fatte al debitore ed *alla sua famiglia*. Quale è il vero significato della parola *famiglia?*
149. Le somministrazioni di sussistenza fatte ad un oste, ad un albergatore, ad un direttore di una casa di convitto godranno del privilegio?
150. Godranno del privilegio le somministrazioni di sussistenza fatte ad una Corporazione o Corpo morale avente beni propri?
151. Il Codice delle Due Sicilie colloca anch'esso fra i crediti privilegiati sopra la generalità de' mobili le *somministrazioni di viveri.*
152. Il Codice di Parma accorda lo stesso privilegio sopra la generalità dei mobili alle *somministrazioni di alimenti.* Si accennano i punti di differenza tra la disposizione del Codice di Parma e quella del Codice Napoleone.
153. Il Codice di Sardegna accorda il privilegio sopra la generalità dei mobili alle somministrazioni *di commestibili e merci per gli alimenti ed indumenti del debitore e della sua famiglia.*
154. La disposizione del Regolamento Ipotecario Pontificio riguardante il privilegio accordato alle somministrazioni di alimenti è quasi conforme a quella del Codice di Parma. Non è molto diversa da quella del Codice di Parma la disposizione del Motuproprio Toscano relativa al detto privilegio.
155. Anche il Codice di Modena si è attenuto, nell'accordare il detto privilegio, alla disposizione del Codice di Parma.
156. L'articolo 2101 del Codice Napoleone dichiara che i privilegi concessi sopra la generalità dei mobili devono esperimentarsi con l'ordine, col quale si trovano enumerati.
157. Uguale alla disposizione dell'articolo 2101 del Codice Napoleone è quella dell'articolo 1970 del Codice delle Due Sicilie quanto al grado da assegnarsi ai privilegi generali che concorrono tra loro.
158. Qual grado assegna il Codice di Parma ai privilegi generali sui mobili?
159. Qual grado assegna agli stessi privilegi il Codice di Sardegna?
160. Qual posto deve accordarsi in un giudizio di concorso secondo il Regolamento Ipotecario Pontificio alle spese, a cui viene concesso il privilegio di essere detratte dai beni del debitore?

161. In qual modo deve farsi la graduazione dei suddetti privilegi generali, secondo il Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche?

162. Il Codice di Modena assegna ai detti privilegi generali concorrenti tra loro lo stesso grado, in cui li colloca il Codice di Parma.

163. Si accennano due questioni che esamina il Troplong commentando l'articolo 2096.

DEI PRIVILEGI SOPRA DETERMINATI MOBILI.

Articolo 2102. — *Pag. 154.*

164. Quali garanzie accordava il Gius Romano al locatore dei fondi urbani e rustici pel pagamento delle pensioni e per la esecuzione del contratto di affitto?

165. Donde ebbe origine l'azione *Serviana?* Quest'azione è diversa dalla *quasi Serviana.*

166. Il Codice Napoleone accorda al locatore a garanzia del contratto di locazione un privilegio.

167. Un tale privilegio compete sopra il valore di tutto ciò che serve a mobiliare la casa appigionata o l'affittanza.

168. I danari, le scritture di credito, le vesti, la biancheria personale e gli oggetti preziosi cadono sotto il privilegio del locatore?

169. Non vanno soggette al privilegio del locatore le cose introdotte nel fondo o nella casa accidentalmente o provvisoriamente.

170. Le cose dal conduttore introdotte nella casa appigionata o nell'affittanza, appartenenti in proprietà ad un terzo, rimangono colpite dal privilegio del locatore.

171. In quali casi le cose spettanti in proprietà ad un terzo saranno sottratte al privilegio del locatore?

172. Quando trattasi di affittanza, il locatore ha inoltre il privilegio sopra i frutti dell'anno, e sopra il valore di tutto ciò che serve alla coltivazione dei fondi affittati.

173. Si confuta la opinione del Persil, il quale asserisce che quantunque giusta l'art. 524 gli oggetti che servono alla coltivazione di un fondo siano dichiarati immobili, nullameno sono riputati mobili dall'art. 2102 e perciò soggetti al privilegio del locatore.

174. Il locatore di un fondo rustico ha anche il privilegio *sopra i frutti raccolti nell'anno.* Quali cose si comprendono sotto queste espressioni?

175. Il locatore ha diritto altresì di esercitare il suo privilegio sopra i frutti pendenti già maturi.

176. Il locatore potrà anche esperimentare il suo privilegio sui frutti raccolti negli anni antecedenti, non venduti e non consumati dal conduttore?

177. Le somme dovute per le sementi e per le spese della raccoltà dell'annata sono pagate sul prezzo della raccolta medesima in preferenza anche del privilegio accordato al proprietario locatore.

178. L'articolo 2102 accorda pure alle somme dovute per gli utensili sopra il prezzo dei medesimi il privilegio e la preferenza anche al locatore.

179. Il privilegio attribuito alle somme dovute per le sementi o per le spese della raccolta sul prezzo della raccolta medesima, e a quelle dovute per gli utensili sopra il prezzo dei medesimi, si può esperimentare in faccia di qualunque creditore.

180. Quali diritti può esercitare il locatore di una casa sui mobili del subinquilino?

181. Quali diritti competono al locatore di un fondo rustico sui mobili del subconduttore e sopra ciò che serve alla coltivazione del fondo subaffittato?

182. Quali diritti ha il locatore di un fondo rustico sui frutti del fondo subaffittato dal conduttore?

183. Il locatore non può esercitare il privilegio sopra i mobili introdotti dal terzo, al quale fu la casa ceduta gratuitamente dal conduttore.

184. Il privilegio accordato dalla legge alle pigioni ed ai fitti degl'immobili da chi può esercitarsi?

185. Il privilegio che la legge concede al locatore non può estendersi al padrone sulle cose del mezzadro pei crediti di mezzadria. Al silenzio del Codice Napoleone hanno rimediato alcuni Codici moderni.

186. Se il contratto di affitto risulta da atto autentico, o da scrittura privata avente data certa, il privilegio del locatore compete per tutte le pensioni scadute e per quelle eziandio che sono da scadere.

187. Se il locatore in grazia del suo privilegio fu soddisfatto di tutto quanto è scaduto ed è per iscadere, gli altri creditori del conduttore hanno il diritto di locare nuovamente la casa o il fondo per il tempo che rimane al termine del contratto, e di convertire a loro vantaggio le pigioni o i fitti.

188. Il diritto di locare la casa o il fondo compete ai creditori del conduttore nel caso contemplato nel n° antecedente, quando anche la facoltà di subaffittare fosse stata interdetta nel contratto di affitto al conduttore.

189. La legge che dà ai creditori del conduttore il diritto di locare

nuovamente l'immobile, impone loro altresì il peso di pagare al proprietario tutto ciò che gli fosse dovuto sino al termine del contratto.

190. I creditori del conduttore nel caso contemplato nel numero antecedente devono pagare immediatamente al proprietario ciò che gli resta dovuto.

191. L'art. 2102 accorda gli stessi effetti ai contratti di locazione stipulati per atto autentico, o per iscrittura privata avente data certa. In quest'ultimo caso la scrittura dovrà avere data certa prima del giudizio di concorso.

192. Qualora l'affitto risulti da una scrittura, il locatore avrà il privilegio per le pensioni scadute, facendo tempo dal giorno in cui la data divenne certa.

193. Quali sono gli effetti e la estensione del privilegio del locatore, quando l'affitto risulta da scrittura privata mancante di data certa?

194. Quando il contratto d'affitto è verbale, competono al locatore gli stessi diritti che la legge gli accorda nel caso accennato nel n.° antecedente.

195. Anche nel caso di affitto verbale o risultante da scrittura privata senza data certa, ai creditori del conduttore deve accordarsi il diritto di locare nuovamente la casa o il fondo per l'annata computabile dalla scadenza dell'anno corrente, per la quale è concesso il privilegio al locatore.

196. Quali diritti accorda il Diritto Romano al locatore nel caso di tacita relocazione?

197. Anche il Codice Napoleone ammette la tacita rinnovazione della locazione.

198. Nel caso di tacita relocazione devonsi accordare al locatore gli stessi diritti che la legge gli attribuisce allora quando trattasi di un affitto verbale.

199. Il privilegio, di cui parla l'art. 2102, compete al locatore non solo per le pigioni ed i fitti, ma altresì per tutto ciò che concerne l'esecuzione del contratto.

200. Il locatore avrà il privilegio per le somministrazioni fatte al conduttore di grani o di altre cose necessarie alla coltivazione del fondo?

201. Per Gius Romano dal tacito pegno competente al locatore, nasceva l'azione reale ipotecaria contro i terzi possessori. Al contrario il privilegio del Codice Napoleone attribuito al locatore non è esercibile contro i terzi possessori. Compete però al locatore il diritto di rivendicare dalle mani di chiunque le cose gravate dal privilegio state traslocate senza il suo assenso.

202. Perchè il locatore possa far uso dell'accennato diritto di rivendicazione è necessario che gli oggetti gravati dal privilegio sieno stati traslocati senza il suo assenso. Anche un consenso tacito basta ad impedire l'esercizio della rivendicazione.
203. Il locatore però non perde il diritto di muovere la rivendicazione per non essersi opposto al trasporto dei mobili, del quale ebbe contezza.
204. Si combatte la opinione di quegl'Interpreti che negano al locatore l'azione di rivendicazione contro il possessore di buona fede.
205. Entro qual termine il locatore deve muovere l'azione di rivendicazione, e da qual giorno correrà il termine?
206. Il diritto di rivendicazione rimane salvo al locatore, sebbene i mobili stati traslocati senza il suo assenso sieno stati introdotti in un'altra casa o in un altro fondo preso in affitto dallo stesso conduttore.
207. Potrà il locatore intentare la rivendicazione, quando i mobili lasciati dal conduttore nella casa o nel fondo bastino a garantire l'esecuzione del contratto?
208. Il locatore non può rivendicare le merci, che guerniscono la bottega o il magazzino, state vendute dal conduttore.
209. Il diritto di rivendicazione compete al locatore riguardo ai frutti del fondo affittato?
210. Quali diritti accorda il Codice delle Due Sicilie al locatore per garanzia del contratto di affitto?
211. Cenno delle disposizioni del Codice di Parma riguardanti il privilegio del conduttore.
212. Si fa menzione dei diritti accordati al locatore dal Codice di Sardegna.
213. Si accennano le disposizioni del Regolamento Ipotecario Pontificio intorno ai diritti di privilegio accordati al locatore.
214. Sunto delle disposizioni del Motuproprio Toscano relative al privilegio del locatore.
215. Quali diritti il Codice di Modena accordò al locatore per assicurare la esecuzione del contratto di affitto?
216. Il pegno e la ipoteca per Diritto Romano non differiscono nella sostanza, e producono la stessa azione reale ipotecaria o *quasi Serviana*.
217. Il contratto di pegno del Codice Napoleone produce un diritto di privilegio diverso dalla ipoteca.
218. Affinchè il pegno possa esser causa di privilegio, è necessario primieramente che nella sua costituzione sieno osservate le forme stabilite negli articoli 2074 e 2075.
219. È necessario in secondo luogo che il pegno sia stato consegnato al creditore.

220. Come debba farsi la tradizione del pegno?

221. Non basta che il pegno sia stato consegnato; ma è necessario che sia rimasto in potere del creditore, o di un terzo eletto dalle parti.

222. Al creditore pignoratario, che perde il possesso del pegno, competerà l'azione di rivendicazione?

223. Il proprietario della cosa che fu data in pegno senza il suo assenso, può rivendicarla dalle mani del creditore pignoratario?

224. Al creditore pignoratario compete il privilegio sul prezzo del pegno per tutti gl'interessi scaduti non colpiti da prescrizione e per le spese giudiziali.

225. Al creditore pignoratario compete anche il privilegio pel rimborso delle spese utili e necessarie da lui fatte per la conservazione del pegno.

226. Il creditore pignoratario, che è in possesso del pegno, potrà altresì esercitare sullo stesso pegno il privilegio per un altro credito formato collo stesso debitore posteriormente alla tradizione del pegno?

227. Se il depositario pei suoi crediti contro il deponente possa pretendere di essere preferito con privilegio agli altri creditori sul prezzo della cosa datagli in deposito dal comun debitore?

228. Il deponente, che domanda la restituzione del deposito, non ha, e non ha bisogno d'invocare un privilegio sulla cosa depositata. Per la emenda dei danni recati dal depositario alla cosa, il deponente è un semplice creditore chirografario che deve essere pagato per contributo sul prezzo dei beni dello stesso depositario.

229. Il pegno Pretorio non è dal Codice Napoleone annoverato tra i titoli che dánno privilegio od ipoteca.

230. I Codici delle Due Sicilie, di Parma, di Sardegna, ed il Regolamento Ipotecario degli Stati Pontificj accordano, ad imitazione del Codice Napoleone, al creditore pignoratario il privilegio sul pegno: fa lo stesso il Codice di Modena.

231. Cenno delle disposizioni degli articoli 2073, 2074, 2075, 2076, e 2077 del Codice di Modena relativi al pegno.

232. È questione tra gl'Interpreti del Diritto Romano, se i creditori di somme impiegate per la conservazione di una cosa abbiano sulla cosa stessa una ipoteca privilegiata.

233. Il Codice Napoleone al creditore di spese fatte per la conservazione di una cosa mobile accorda un privilegio speciale sulla stessa cosa conservata.

234. Il privilegio, di cui si fa menzione nel n.° antecedente, deve restringersi alle sole spese necessarie.

235. Per le spese utili fatte sulla cosa mobile altrui, può invocarsi il diritto di ritenzione (1)?
236. Le mercedi degli artigiani ed operai, che colla loro opera contribuirono alla conservazione di una cosa, godono del privilegio che l'art. 2102 accorda alle spese fatte per la conservazione della cosa.
237. Il Codice delle Due Sicilie accorda lo stesso privilegio alle spese fatte per la conservazione della cosa. Si loda il Codice di Parma che accorda distintamente il privilegio alle mercedi degli artefici ed operai sopra la cosa intorno a cui hanno eseguito il loro lavoro, ed alle spese fatte per la conservazione della cosa.
238. Il Codice di Sardegna portò alcune modificazioni al privilegio accordato dal Codice Napoleone alle spese fatte per la conservazione della cosa.
239. Che cosa dispone il Regolamento Ipotecario Pontificio intorno al privilegio accordato alle spese fatte per conservare una cosa mobile.
240. Il Codice di Modena intorno al privilegio concesso alle spese fatte per la conservazione della cosa, ripete la disposizione del Codice di Parma.
241. Per Diritto Romano l'azione personale spettante al venditore pel pagamento del prezzo della cosa consegnata al compratore *habita fide de pretio*, è una semplice azione chirografaria.
242. Il Codice Napoleone accorda al venditore, pel pagamento del prezzo della cosa mobile venduta, un privilegio sulla cosa stessa.
243. Perchè il venditore possa godere del privilegio accordatogli dal Codice Napoleone, è necessario che la cosa venduta esista in potere del debitore. Si nota una differenza importantissima tra il privilegio del venditore e quello del creditore pignoratario.
244. Se il compratore vende la cosa, di cui non pagò il prezzo, dura il privilegio del primo venditore?
245. Il venditore conserva il suo privilegio, sebbene il compratore abbia data a comodato o in deposito o a nolo la cosa comprata.
246. Il venditore di una cosa mobile data in pegno dal compratore non può esercitare il suo privilegio.
247. Il venditore di un credito ha pel prezzo della cessione privilegio sul credito ceduto.
248. Affinchè il venditore possa esercitare il suo privilegio, è necessario

(1) Veggansi le osservazioni fatte in questo volume sotto il n. 1119, pag. 212 intorno al diritto di ritenzione, non che la nota 1, pag. 216. Queste medesime osservazioni m'inducono a negare anche il diritto di ritenzione per le spese utili nel caso di cui ho discorso nel primo volume sotto il n. 235, pag. 253, e così a rettificare la sentenza sotto il detto n°. 235 propugnata.

che i mobili venduti si trovino in quello stato medesimo in cui erano al tempo della consegna?

249. Se la cosa mobile venduta sia per destinazione del compratore divenuta immobile, il venditore conserva il suo privilegio.

250. Conserverà il venditore il suo privilegio anche quando la cosa venduta sarà stata dal compratore unita ad un immobile con gesso, calce o stucco? Il venditore potrà esercitare il suo privilegio in concorso ed in pregiudizio dei creditori aventi ipoteca sull'immobile, al quale la cosa mobile venduta fu aggregata dal compratore?

251. Per Diritto Romano, se la tradizione della cosa venduta è fatta *non habita fide de pretio*, e il compratore non paga il prezzo, compete al venditore il diritto di rivendicazione. Anche il Codice Napoleone accorda al venditore di effetti mobiliari non pagati, se la vendita è stata fatta senza dilazione al pagamento, il diritto di rivendicarli dalle mani del compratore.

252. Sotto quattro condizioni è concesso dall'articolo 2102 al venditore l'esercizio dell'azione di rivendicazione.

253. La prima condizione è che la vendita sia stata fatta senza dilazione al pagamento del prezzo. Questa condizione era anche richiesta dal Diritto Romano all'esercizio dell'azione di rivendicazione.

254. La seconda condizione è che la cosa mobile venduta sia sempre in potere del compratore.

255. La terza condizione si è che gli effetti venduti si trovino in quello stato medesimo in cui erano al tempo della consegna. L'articolo 2102, che richiede questa condizione, non è in contraddizione colla massima fissata dall'articolo 570.

256. L'ultima condizione finalmente si è che l'azione di rivendicazione sia proposta entro il breve termine di otto giorni dal fatto rilascio.

257. L'azione di rivendicazione è esercibile soltanto dal venditore di cose mobili corporali. Il venditore di un credito, se non può muovere la rivendicazione, può però domandare la risoluzione del contratto di cessione.

258. Non bisogna confondere l'azione di rivendicazione concessa dall'articolo 2102 al venditore coll'azione risolutoria. Il venditore di cosa mobile corporale, quando non possa valersi dell'azione di rivendicazione, per difetto di alcuna delle condizioni prescritte dal legislatore, può ricorrere all'azione risolutoria, la quale gli compete oltre il privilegio.

259. Nel caso di conflitto tra il locatore e il venditore di mobili introdotti nella casa o nel fondo tenuto in condotta dal compratore, a chi deve darsi la preferenza?

260. L'art. 2102 non deroga alle leggi e consuetudini commerciali concernenti la rivendicazione.

261. Non verificandosi le condizioni volute dal Codice di Commercio per l'esercizio della rivendicazione, il venditore potrà far uso del privilegio che l'art. 2102 accorda al venditore di effetti mobiliari?

262. Quali diritti accordano al venditore di cose mobili pel pagamento del prezzo i Codici delle Due Sicilie, di Parma, di Sardegna, il Regolamento Ipotecario Pontificio, il Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche, ed il Codice di Modena?

263. Si giustifica il privilegio accordato dal Codice Napoleone alle somministrazioni degli albergatori sopra gli effetti del viandante introdotti nell'albergo.

264. Il privilegio dell'albergatore colpisce gli effetti del viandante, sebbene ne appartenga la proprietà ad un terzo. Se però sia provato che l'albergatore sapeva che il viandante non era padrone degli effetti introdotti nell'albergo, l'albergatore non potrà allora esercitare il privilegio in pregiudizio dei diritti del proprietario.

265. Il privilegio dell'albergatore rimane sciolto, quando gli effetti del viandante siano trasportati fuori dell'albergo. All'albergatore non può estendersi il diritto di rivendicazione accordato al locatore.

266. Al privilegio dell'albergatore rimangono sottratti gli abiti, onde il viandante è vestito e coperto.

267. Gli effetti del viandante possono servire di garanzia all'albergatore anche per un credito anteriore di tempo alla loro introduzione nell'albergo?

268. I Codici delle Due Sicilie e di Parma accordano alle somministrazioni dell'albergatore sulle robe del viandante lo stesso privilegio che loro attribuisce il Codice Napoleone.

269. Si accennano le disposizioni del Codice di Sardegna e del Regolamento Ipotecario Pontificio riguardanti il privilegio dell'albergatore.

270. Il Codice di Modena ha ripetuto intorno al privilegio dell'albergatore la disposizione del Codice di Sardegna.

271. È questione tra gl'Interpreti del Diritto Romano, se le spese di condotta godano di una tacita ipoteca privilegiata.

272. Il Codice Napoleone accorda alle spese di condotta un privilegio speciale sopra le cose condotte.

273. Deve tenersi, che il privilegio accordato alle spese di condotta si può esercitare anche dopo la consegna delle cose condotte, finchè sono in mano del debitore, salvo ciò che prescrive il Codice di Commercio rispetto ai capitani di bastimento.

274. L'articolo 2102 accorda il privilegio alle spese di condotta e alle accessorie.
275. I Codici delle Due Sicilie, e di Parma, e il Regolamento Ipotecario Pontificio ripetono, quanto al privilegio delle spese di condotta, la disposizione dell'articolo 2102 del Codice Napoleone. Il Codice di Sardegna accordando lo stesso privilegio, toglie il dubbio se il privilegio del vetturale sia esercibile dopo la consegna delle cose condotte. Il Codice di Modena ripete la disposizione dell'art. 2102 del Codice Napoleone.
276. Il Codice Napoleone accorda un privilegio sui capitali dati in cauzione dai funzionari pubblici e sugl' interessi che ne fossero dovuti ai crediti derivanti dagli abusi e prevaricazioni degli stessi pubblici funzionari.
277. Tutti i creditori, compreso lo Stato, pei titoli di cui parla il numero antecedente, devono essere pagati per contributo.
278. Quelli che somministrarono i denari dei capitali dati in cauzione dai pubblici funzionari, hanno anch'essi un privilegio sugli stessi capitali?
279. Il privilegio di cui parla l'art. 2102, n.° 7° del Codice Napoleone, è stato con poche modificazioni confermato dai Codici delle Due Sicilie, di Parma, di Sardegna e di Modena.
280. Quando vi è concorso di creditori aventi un privilegio sopra la generalità dei mobili del debitore, non può nascere alcun dubbio sulla loro classificazione determinata dall'art. 2101.
281. Non sono d'accordo gl'Interpreti sul grado da assegnarsi ai privilegi generali contemplati nell'art. 2101, qualora si trovino in conflitto con alcuno dei privilegi speciali, di cui fa menzione l'articolo 2102. È da preferirsi la opinione del Troplong, il quale accorda la preferenza ai privilegi generali.
282. Si confuta la opinione contraria del Persil.
283. Si combatte anche la opinione del Duranton, il quale ai privilegi generali dell'art. 2101 preferisce il privilegio speciale accordato al pegno dall'articolo 2102.
284. In qual modo fu tolta dal Regolamento Ipotecario Pontificio la questione accennata nel n.° 281 ?
285. Il Codice delle Due Sicilie lasciò aperto il campo alla questione indicata sotto il n.° 281. Come deve farsi la classificazione dei privilegi generali che vengono in conflitto coi privilegi speciali su determinati mobili secondo i Codici di Parma e di Sardegna, e il Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche, e secondo il Codice di Modena?
286. Il Codice Napoleone lasciò indeciso anche il punto, quale ordine debba osservarsi nella graduazione dei privilegi speciali dell'articolo 2102.

287. Quando vengono in lotta tra loro privilegi speciali, il grado deve fissarsi colla regola stabilita dall'art. 2096.

288. In tutti quei casi in cui il possesso della cosa è una condizione indispensabile all'esercizio del privilegio, il simultaneo concorso e conflitto di più speciali privilegi non possono aver luogo.

289. Con quali privilegi speciali può trovarsi in conflitto il privilegio del locatore?

290. E il creditore pignoratario con quali privilegi speciali può venire in collisione?

291. Il privilegio delle spese fatte per la conservazione della cosa con quali privilegi speciali può contrastare di preferenza?

292. Il venditore di effetti mobiliari con quali privilegi speciali può concorrere?

293. Fra i creditori che hanno un privilegio speciale chi può trovarsi in collisione coll' albergatore?

294. Con chi può concorrere il creditore delle spese di condotta?

295. Il privilegio accordato ai crediti risultanti da abusi e prevaricazioni commesse dai funzionari pubblici non può temere il concorso degli altri privilegi speciali dell' art. 2102.

296. Il Codice delle Due Sicilie ha lasciata indecisa anch' esso la questione, a chi e con qual ordine deve assegnarsi la preferenza nel caso di conflitto di più privilegi speciali. Al contrario i Codici di Parma e di Sardegna, il Regolamento Ipotecario Pontificio, il Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche, e finalmente il Codice di Modena hanno determinato l' ordine onde hanno ad essere pagati i creditori che hanno un privilegio speciale sopra certi mobili, se vengono in concorso tra loro.

297. Si dichiara il perchè non si tiene discorso nel primo volume del privilegio della separazione del patrimonio del defunto.

SOMMARI DEL VOLUME SECONDO.

DEI PRIVILEGI SOPRA GL' IMMOBILI.

Articolo 2103. — *Pag.* 5.

estende a tutto ciò che per diritto di accessione fu unito al fondo.

310. Essendovi più vendite successive, il primo venditore è preferito al secondo, il secondo al terzo, e così progressivamente.

311. Il difetto gravissimo dell'azione risolutoria, è la sua incompatibilità col sistema della pubblicità.

312. I Codici delle Due Sicilie e di Parma accordano al venditore sull'immobile venduto, lo stesso privilegio che gli attribuisce il Codice Napoleone.

313. Il Codice di Sardegna dà al detto privilegio maggiore estensione, accordandolo a qualunque alienante.

314. Anche il Regolamento Ipotecario Pontificio accorda il privilegio sull'immobile alienato a qualunque alienante pel prezzo e per lo adempimento dei patti stipulati nell'atto di alienazione. Il detto Regolamento accorda altresì un privilegio al padrone diretto sull'utile dominio del fondo enfiteutico.

315. Il Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche accorda un privilegio al venditore sul fondo alienato pel pagamento del prezzo. Concede altresì un privilegio speciale al padrone diretto sopra l'utile dominio dei beni livellari, ed al locatore sui beni dati a lungo tempo.

316. Quali garanzie accordava all'alienante il Progetto Vatimesnil?

317. Il Codice di Modena accorda il privilegio non solo al venditore, ma altresì ai permutanti ed al donante.

318. Quali diritti accordava il Diritto Romano a chi somministrò i danari per l'acquisto di un immobile?

319. Il Codice Napoleone accorda a quelli che hanno somministrato denaro per l'acquisto di un immobile, lo stesso privilegio che pel prezzo concede al venditore.

320. Potendo chi somministra il denaro per l'acquisto di un immobile valersi della surroga nelle ragioni del venditore, è inutile la disposizione dell'articolo 2103, n.° 2°?

321. Quale condizione è necessaria, affinchè chi somministra i denari per l'acquisto di un immobile, possa godere del privilegio accordatogli dall'articolo 2103, n.° 2°?

322. Perchè competa il privilegio a chi somministra i denari per l'acquisto di un immobile, è necessario che il contratto di vendita risulti da un atto autentico?

323. Il privilegio, concesso dall'articolo 2103, n.° 2°, compete *jure proprio* a chi somministrò i danari per l'acquisto di un immobile, e non è mestieri che si verifichi la condizione di cui parla Ulpiano nella L. 24, § 3, D. *De reb. auctor. Jud. possidendis.*

324. Se coi danari della somministrazione sarà stata pagata una parte soltanto del prezzo, pel residuo il venditore sarà preferito al mutuante ?

325. Se più mutuanti fecero in epoche differenti diverse somministrazioni per l'acquisto dello stesso immobile, tutti, compreso l'ultimo, devono essere collocati nello stesso grado e pagati per contributo.

326. Ma se il venditore dopo di avere ricevuto dei parziali pagamenti da uno o più mutuanti, con un vero e proprio contratto di cessione aliena il residuo suo credito, il cessionario di questo residuo credito ha diritto di essere preferito agli altri mutuanti.

327. Quali diritti accordano a chi somministrò i denari per l'acquisto di un immobile i Codici delle Due Sicilie, di Parma e di Sardegna, le Leggi Ipotecarie Pontificia e Toscana, e finalmente il Codice di Modena ?

328. L'azione che ai coeredi e condomini accordava il Gius Romano per garanzia della evizione, era una semplice azione personale. Il Codice Napoleone concede ai coeredi un privilegio sopra gl'immobili della eredità: lo stesso privilegio compete ai condividenti.

329. Per quali titoli compete ai coeredi e condividenti il privilegio loro accordato dal Codice Napoleone ?

330. Anche pel prezzo della licitazione compete il privilegio ai coeredi e condividenti.

331. Si deve ritenere che spetta ai coeredi e condividenti il privilegio per tre titoli.

332. L'anzidetto privilegio compete, qualunque sia la forma dell'atto di divisione.

333. Se uno dei coeredi cede agli altri a fronte di una somma convenuta la propria quota ereditaria, al cedente pel pagamento del prezzo competerà il privilegio che l'art. 2103 n.° 1° accorda al venditore, oppur quello che lo stesso articolo n.° 3° accorda ai coeredi ?

334. Si notano gl'inconvenienti che trae seco il privilegio che pel titolo della evizione accorda la legge ai coeredi e condividenti: si critica però il temperamento proposto dal Duranton per mitigare i detti inconvenienti.

335. Ai coeredi e condividenti non può negarsi il privilegio per quelle prestazioni, che formano parte e materia del giudizio di divisione, e che costituiscono un'attività del comune asse che viene diviso.

336. Il privilegio accordato dall'art. 2103 ai coeredi, compete anche nel caso di divisione fatta dagli ascendenti.

337. Il Progetto Vatimesnil accordava ai coeredi e condividenti lo stesso privilegio che loro attribuisce il Codice Napoleone, salvo poche modificazioni.

338. Quali garanzie accordano ai coeredi e condividenti i Codici delle Due Sicilie, di Parma, di Sardegna, le Leggi Ipotecarie Pontificia e Toscana e il Codice di Modena?

339. Per Diritto Romano competeva una ipoteca privilegiata a chi somministrava danaro pel ristauro e ricostruzione degli edifizi.

340. Il Codice Napoleone accorda un privilegio agli architetti, intraprenditori, muratori ed altri operai impiegati nella fabbrica, ricostruzione o riparazione di edifizi, canali, o qualunque altra opera.

341. A quali condizioni è subordinato il privilegio di cui si fa parola nel n.° antecedente?

342. A quali somme è ristretto il detto privilegio?

343. Il limite a cui si accenna nell'antecedente numero, è attendibile tanto nel caso di spese necessarie, quanto in quello di spese utili?

344. Il Codice Napoleone accorda in second'ordine lo stesso privilegio a quelli che hanno imprestato il denaro per pagare e rimborsare gli operai.

345. I privilegi, accordati dall'articolo 2103, n.° 4° e 5° del Codice Napoleone, nel Progetto Vatimesnil erano soppressi.

346. Gli accennati privilegi, di cui si fa menzione nell'antecedente n.° furono confermati, salvo poche modificazioni, dai Codici delle Due Sicilie, di Sardegna, di Parma, e dalle Leggi Ipotecarie Pontificia e Toscana; ma dal Codice di Modena vennero soppressi.

347. Il Codice di Modena però accorda, entro determinati limiti, il privilegio al terzo possessore, che ha patita evizione sopra lo stabile dimesso, per le riparazioni ed i miglioramenti fatti al medesimo.

348. Si fa il confronto tra i diritti che il Codice di Modena accorda al terzo possessore, che ha patita evizione sopra lo stabile dimesso per le riparazioni ed i miglioramenti fatti al medesimo, e quelli che il Codice Napoleone per lo stesso titolo concede al terzo possessore colla disposizione dell'art. 2175 (1).

349. Il Codice di Modena accordando al terzo possessore il privilegio di cui si fa parola nel numero 347, ripete la disposizione dell'articolo 2159 del Codice di Sardegna.

350. Si fa menzione del privilegio che il Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche accorda al difensore legale.

351. Ai privilegi costituiti sui beni immobili, di cui fa parola l'articolo 2103 del Codice Napoleone, deve aggiungersi quello che

(1) Veggasi in questo Volume la Nota 1 sotto il n. 1119, pag. 216.

compete ai creditori ed ai legatari, che dimandano la separazione del patrimonio del defunto, sopra i beni immobili della eredità.

DEI PRIVILEGI CHE SI ESTENDONO SOPRA I MOBILI E SOPRA GL'IMMOBILI.

Articolo 2104. — *Pag. 83.*

352. I privilegi indicati nell'art. 2101 colpiscono anche la generalità degl'immobili del debitore, ma sopra questi non possono esercitarsi che in difetto di mobili. Se i creditori che hanno un privilegio speciale su di un immobile opporranno la eccezione di escussione sui mobili ai creditori aventi alcuno dei privilegi generali dell'art. 2101, dovranno anticipare le spese del giudizio di escussione?

Articolo 2105. — *Pag. 86.*

353. I privilegi generali dell'art. 2101 sono preferiti dalla legge sul prezzo degl'immobili ai privilegi speciali costituiti sugli stessi immobili, e a più forte ragione a qualunque ipoteca.
354. Si censura l'esorbitante favore concesso dalla legge ai crediti contemplati nell'articolo 2101 con grave pregiudizio del credito fondiario.
355. Il Codice delle Due Sicilie ripete le disposizioni degli articoli 2104 e 2105 del Codice Napoleone.
356. Anche il Codice di Parma estende agl'immobili i privilegi generali sui mobili, e nel caso di concorso dei privilegi generali coi privilegi speciali o sui mobili o sugl'immobili, dà la preferenza ai privilegi generali. Si mostra la differenza tra l'art. 2105 del Codice Napoleone e l'art. 2158 del Codice di Parma.
357. Il Codice di Sardegna dispone esso pure che i privilegi generali indicati nell'art. 2156 si estendono sopra i mobili e sopra gl'immobili, ma modifica la disposizione dell'art. 2105 del Codice Napoleone, quanto al grado di preferenza, nel caso di conflitto tra i privilegi generali e i privilegi speciali sul prezzo degl'immobili.
358. Il Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche accorda an-

ch'esso a certi crediti un privilegio generale sopra i mobili e sopra gl' immobili, e determina la loro graduazione contemplando altresì il caso di conflitto tra i privilegi generali e i privilegi speciali sia sui mobili, sia sugl' immobili.

359. Il Regolamento Ipotecario Pontificio a quei crediti ai quali il Codice Napoleone attribuisce un privilegio generale sopra i mobili e sopra gl' immobili, accorda il diritto di essere detratti o prelevati dai beni tutti del debitore, prima che vengano soddisfatti i creditori privilegiati, e determina altresì la loro graduazione.

360. Nel Progetto Vatimesnil erano soppresse le disposizioni degli articoli 2104 e 2105 del Codice Napoleone, e ai privilegi generali sui mobili era accordata semplicemente la preferenza sul prezzo degl' immobili sopra i creditori chirografari.

361. Il Codice di Modena ripetè la disposizione dell' art. 2104 del Codice Napoleone, e quanto al modo di pagamento, s' attenne alla massima stabilita dall' art. 2158 del Codice di Parma.

362. Perchè il Diritto Romano introdusse il benefizio della separazione dei patrimoni in favore dei creditori ereditari e dei legatari?

363. Il Diritto Romano concede il benefizio della separazione dei patrimoni, sì veramente che si verifichino certe condizioni. È necessario in primo luogo che i creditori del defunto ed i legatari non abbiano seguita la fede dell' erede.

364. In secondo luogo è necessario che le sostanze ereditarie sieno ancora in possesso dell' erede, e non sieno state confuse colle sostanze di lui.

365. In terzo luogo è d'uopo che dall'adizione della eredità alla dimanda della separazione, non sia trascorso un tempo più lungo di un quinquennio.

366. Il Diritto Romano nega il diritto della separazione dei patrimoni ai creditori dell' erede.

367. Quali sono secondo il Diritto Romano gli effetti della separazione dei patrimoni?

368. Se per Diritto Romano i creditori e i legatari che chiesero la separazione dei patrimoni possano rivolgersi sui beni particolari dell' erede, non potendo ottenere sui beni della eredità una piena soddisfazione?

369. Soddisfatti colle sostanze ereditarie i creditori e i legatari che chiesero la separazione dei patrimoni, i creditori personali dell' erede hanno un incontrastabile diritto di essere pagati col prezzo dei beni della eredità che avanzarono.

370. Anche il Codice Napoleone accorda ai creditori ereditari il benefizio della separazione dei patrimoni.

371. Si confrontano le disposizioni del Codice Napoleone riguardanti il

benefizio della separazione dei patrimoni con quelle del Diritto Romano.

372. Se il benefizio della separazione dei patrimoni accordato dal Codice Napoleone sia un vero privilegio?

373. Il Codice delle Due Sicilie, quanto al benefizio della separazione dei patrimoni, ripete le disposizioni del Codice Napoleone.

374. Il Codice di Parma colloca francamente tra i privilegi il benefizio della separazione dei patrimoni.

375. Il Codice di Sardegna ripete, quanto al benefizio della separazione dei patrimoni, le dispozizioni del Codice Napoleone.

376. Quali diritti accorda il Regolamento Ipotecario Pontificio ai creditori ed ai legatari sui beni del defunto?

377. Il Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche considera il benefizio della separazione dei patrimoni come un diritto distinto e diverso dai privilegi.

378. Il Progetto Vatimesnil, supplendo alla omissione dell'articolo 2103 del Codice Napoleone, annoverava esplicitamente tra i privilegi costituiti sui beni immobili il benefizio della separazione dei patrimoni.

379. Il Codice di Modena, ad imitazione della Legge Toscana, considera il benefizio della separazione dei patrimoni come un diritto diverso e distinto dai privilegi.

DEI MODI COI QUALI SI CONSERVANO I PRIVILEGI.

Articolo 2106. — *Pag. 117.*

380. Idea generale dell'imperfetto sistema di pubblicità adottato dal Codice Napoleone per le ipoteche ed i privilegi. Si notano e si criticano i due vizi capitali che lo rendono cattivo e al credito fondiario dannoso. Il principio della pubblicità assoluta, ond'era informato il sistema della Legge 11 brumaio anno 7, veniva richiamato in vigore dal Progetto Vatimesnil.

381. Non è diverso il sistema di pubblicità del Codice delle Due Sicilie da quello del Codice Napoleone.

382. Assai più perfetti del sistema di pubblicità del Codice Napoleone, sono quelli del Codice di Parma, del Codice di Sardegna, e del Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche.

383. Si loda il sistema di pubblicità del Regolamento Ipotecario Pontificio.

384. Il sistema di pubblicità del Codice di Modena non è diverso da quello del Regolamento Ipotecario Pontificio.

385. I privilegi costituiti sui beni immobili, furono dal Codice Napoleone assoggettati alla formalità della inscrizione: la data però della inscrizione non serve a misurarne il grado.

386. Quale è il vero senso delle parole dell'art. 2106 — *e dalla data di tale inscrizione?* —

387. I creditori chirografari hanno sempre in ogni caso il diritto di opporre ai creditori privilegiati il difetto della inscrizione.

388. La disposizione dell'art. 2151, il quale prescrive che il creditore inscritto per un capitale fruttifero ha diritto di essere classificato nello stesso grado del capitale per due anni d'interessi soltanto e per l'anno corrente, è comune ai privilegi ed alle ipoteche (1). E come nel caso dei privilegi dovrà misurarsi il grado degl'interessi conservati con particolari inscrizioni nel modo stabilito dal detto art. 2151?

389. Se l'accennata disposizione dell'articolo 2151 sia altresì applicabile al privilegio della separazione dei patrimoni (2)?

390. Il Codice delle Due Sicilie ha confermato la disposizione dell'articolo 2106 del Codice Napoleone, omettendo però l'espressioni — *dalla data di tale inscrizione,* — che diedero causa e motivo di questionare agl'Interpreti Francesi.

391. Anche il Codice di Parma assoggetta i privilegi costituiti sui beni immobili all'obbligo della pubblicità.

392. Il Codice di Sardegna ripete la stessa massima.

393. La pubblicità dei privilegi che hanno per soggetto beni immobili, è pur voluta dal Regolamento Ipotecario Pontificio.

394. Il Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche sottopone esso pure alla pubblicità i privilegi e il benefizio della separazione che riguardano i beni immobili.

395. I Progetti Rouher e Vatimesnil assoggettavano anch'essi a rigorosa pubblicità i privilegi costituiti sui beni immobili.

396. La pubblicità dei detti privilegi è altresì voluta dal Codice di Modena.

Articolo 2107. — *Pag. 158.*

397. Sono eccettuati dalla formalità della inscrizione i privilegi generali indicati nell'art. 2101.

(1) Vedi il Volume IV, n. 970, pag. 354.

(2) Importa l'avvertire che nel Volume IV, n. 971, pag. 363 ho disapprovato la opinione del Persil, alla quale io aderii nel Volume II sotto il n. 389, pag. 152.

398. Se i detti privilegi generali contemplati nell'art. 2101, sieno eccettuati dalla formalità della inscrizione anche in faccia al terzo possessore (1)?

399. Il Codice delle Due Sicilie eccettua anch'esso dalla formalità della inscrizione i privilegi generali che si estendono sopra i mobili e gl'immobili.

400. Quali sono i privilegi dal Codice di Parma eccettuati dall'obbligo della pubblicità?

401. Secondo il Codice di Sardegna quali sono i privilegi esenti dalla inscrizione?

402. Quali privilegi dispensa dall'obbligo della inscrizione il Regolamento Ipotecario Pontificio?

403. Il Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche esenta anch'esso alcuni privilegi dall'obbligo della pubblicità.

404. Il Codice di Modena conferma la dispensa stabilita nell'art. 2107 del Codice Napoleone in favore dei privilegi generali.

Articolo 2108. — *Pag. 169.*

405. Quale era lo scopo della trascrizione degli atti di alienazione dei beni immobili all'Uffizio delle Ipoteche secondo la Legge 11 brumaio anno 7? A che serve la detta trascrizione secondo le massime del Codice Napoleone?

406. La trascrizione, di cui si fa parola nell'antecedente n.° conserva anche il privilegio del venditore. Si critica il Codice Napoleone, che non avendo assegnato un termine al venditore per dare pubblicità al suo privilegio, rese questo privilegio sommamente rovinoso al credito fondiario.

407. Secondo i principj del Codice Napoleone però rimane spento il privilegio del venditore, se al medesimo non fu data pubblicità prima dell'alienazione del fondo sottoposto al detto privilegio.

408. In forza delle modificazioni recate al Codice Civile dal Codice di Procedura, il venditore conserva il suo privilegio e può dare al medesimo la necessaria pubblicità anche dopo che il fondo gravato passò nelle mani di un nuovo possessore. Le accennate modificazioni del Codice di Procedura resero più funesto al credito fondiario il privilegio del venditore.

409. Quando il venditore non ha data pubblicità al suo privilegio entro

(1) Veggasi sul punto accennato nel detto n. 398 ciò che ho detto nel presente Volume sotto il n. 1067, pag. 93, e sotto il n. 1203, pag. 474.

il termine di 15 giorni dalla trascrizione del contratto, onde fu trasferito il dominio del fondo gravato in un secondo acquirente, perde irrevocabilmente il suo privilegio in faccia tanto al secondo acquirente quanto ai creditori inscritti sul fondo, e passa necessariamente nella classe dei creditori chirografari.

410. Quale è il senso delle parole dell'art. 834 del Codice di Procedura — *senza pregiudizio degli altri diritti attribuiti al venditore ed agli eredi dagli articoli* 2108 *e* 2109 *del Codice Napoleone?* —

411. L'atto, la trascrizione del quale conserva il privilegio del venditore, è quello col quale il venditore stesso trasferì la proprietà dell'immobile nel suo immediato compratore. La trascrizione dell'ultimo contratto, quantunque in esso siano indicati i nomi degli antichi proprietari, non può aver forza che di conservare il privilegio dell'ultimo venditore.

412. La trascrizione conserva in tutti i casi il privilegio del venditore, o sia fatta dal venditore, o dal compratore.

413. Può essere trascritta una privata scrittura di vendita.

414. Se non sarà fatta la trascrizione del contratto di vendita, il venditore per conservare il suo privilegio dovrà farne la inscrizione entro il termine di 15 giorni dalla trascrizione fatta da un secondo acquirente, e potrà accendere una tale inscrizione o risulti il suo contratto da atto autentico, o da scrittura privata.

415. La trascrizione, fatta per estratto da un secondo acquirente, non può essere di ostacolo alla inscrizione accesa dal primo venditore, non ostante che sia scorso il termine di 15 giorni dalla stessa trascrizione.

416. Il Conservatore, dopo che fu eseguita la trascrizione del contratto di vendita, è tenuto di fare *ex officio* la inscrizione del credito privilegiato risultante dallo stesso contratto in favore del venditore o di chi somministrò i denari per l'acquisto. La omissione però del Conservatore, od anche gli errori commessi da lui nell'accendere *ex officio* la detta inscrizione, non possono nuocere al venditore, ma solamente ai terzi, verso i quali il Conservatore è risponsabile della emenda dei danni ed interessi.

417. La inscrizione *ex officio*, di cui si fa parola nel n.° antecedente, deve essere eseguita dal Conservatore immediatamente dopo la trascrizione.

418. Il Conservatore non può essere dispensato dall'obbligo di fare *ex officio* la inscrizione, di cui si parla nel n.° 416, sebbene il compratore gli giustifichi con documenti autentici l'intero pagamento del credito del venditore.

419. La inscrizione accesa *ex officio* dal Conservatore deve essere rinnovata dal venditore.

420. Se la inscrizione accesa *ex officio* dal Conservatore non sarà rinnovata, quali ne saranno le conseguenze?

421. Il Conservatore è solo tenuto a fare *ex officio* la inscrizione dei crediti risultanti dall'atto di vendita a favore del venditore e di chi somministrò i denari pel prezzo della vendita.

422. Quando il contratto di vendita porta la quietanza del prezzo, nessun privilegio può competere al venditore, non ostante le dichiarazioni contrarie fatte dal compratore con atti distinti dal contratto.

423. Per Diritto Romano al venditore non soddisfatto del prezzo non competeva il diritto di domandare la risoluzione del contratto; ma il Codice Napoleone accorda al venditore pel prezzo non pagato l'azione resolutoria.

424. L'azione resolutoria, di cui si fa menzione nel n.° antecedente, non è soggetta alla legge della pubblicità, e compete oltre il privilegio.

425. Se l'esercizio dell'azione resolutoria sia incompatibile coll'uso che fa il venditore del suo privilegio.

426. Il venditore, che per qualche titolo ha perduto il privilegio, può ricorrere all'azione resolutoria. Si notano i gravissimi inconvenienti che derivano dalla facoltà lasciata al venditore, non soddisfatto del prezzo, di poter domandare lo scioglimento del contratto.

427. Cenno della importante discussione che intorno alla proposta abolizione dell'azione resolutoria suaccennata, ebbe luogo avanti l'Assemblea legislativa dell'ultima Repubblica Francese.

428. Il Codice delle Due Sicilie ripete, quanto al modo di conservare il privilegio del venditore, la disposizione del art. 2108 del Codice Napoleone, ed accorda anch'esso al venditore l'azione resolutoria.

429. In qual modo il venditore conserva il suo privilegio secondo il Codice di Parma? Accorda questo Codice al venditore l'azione resolutoria pel prezzo non pagato?

430. Secondo il Codice di Sardegna in qual modo si conserva il privilegio del venditore? Questo Codice nega nei contratti di vendita dei beni immobili pel prezzo non pagato l'azione resolutoria tanto legale quanto convenzionale.

431. Come si conserva il privilegio dell'alienante secondo le disposizioni del Regolamento Ipotecario Pontificio?

432. In qual modo si conserva il privilegio del venditore e di chi somministrò i denari per l'acquisto di un immobile secondo il Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche? Il lodato Motuproprio nega al venditore pel prezzo non pagato l'azione resolutoria.

433. E secondo il Codice di Modena in qual modo si conserva il privilegio dell'alienante? Si confrontano le disposizioni dei Codici di Modena e di Sardegna riguardanti l'abolizione dell'azione resolutoria nel contratto di vendita dei beni immobili pel prezzo non pagato.

Articolo 2109. — *Pag. 240.*

434. I coeredi e condividenti per tutti i titoli pei quali la legge loro accorda il privilegio, conservano lo stesso privilegio mediante la inscrizione accesa a loro instanza sui beni gravati.
435. Quando la divisione ha luogo col mezzo della licitazione, i coeredi non possono conservare il privilegio colla trascrizione dell'atto di aggiudicazione.
436. La inscrizione del privilegio dei coeredi e condividenti può farsi anche coll'appoggio di una privata scrittura di divisione.
437. La trascrizione dell'atto di divisione non dispensa mai il coerede o condividente dal bisogno di domandare la inscrizione del proprio privilegio.
438. Il privilegio dei coeredi e condividenti deve essere inscritto entro 60 giorni computabili dall'atto della divisione o dell'aggiudicazione.
439. L'ultimo dei 60 giorni, di cui si fa menzione nel n.° antecedente, è compreso nel termine.
440. Il calcolo dei 60 giorni assegnati per la inscrizione del privilegio dei coeredi e condividenti deve cominciarsi il giorno dopo l'atto della divisione o dell'aggiudicazione.
441. Se la divisione fu fatta con privata scrittura, i 60 giorni di cui si fa parola nel n.° 438, sono computabili dalla data materiale dell'atto, e non dal giorno in cui la scrittura acquistò data certa.
442. Da qual giorno è computabile il termine dei 60 giorni assegnato ai coeredi per inscrivere il loro privilegio nel caso di divisione fatta dagli ascendenti?
443. Quali sono, riguardo ai coeredi, gli effetti della riserva fatta dall'articolo 834 del Codice di Procedura colle parole: — *senza pregiudizio degli altri diritti, che gli articoli* 2108 *e* 2109 *del Codice Civile accordano ai venditori ed agli eredi?* —
444. Il privilegio dei coeredi e condividenti colpisce tutti gl'immobili della eredità o comunione, toccati nella divisione agli altri coeredi e condividenti.

445. Da qual giorno si misura il grado del privilegio dei coeredi e condividenti inscritto entro il termine assegnato dalla legge?
446. Il Codice delle Due Sicilie ripete la disposizione dell' art. 2109 del Codice Napoleone.
447. Entro qual termine deve inscriversi il privilegio dei coeredi e condividenti secondo il Codice di Parma?
448. Secondo il Codice di Sardegna entro qual termine il privilegio, di cui si parla nel n.° antecedente, dev' essere inscritto?
449. Qual termine assegnava il Progetto Vatimesnil per la inscrizione del privilegio dei coeredi e condividenti?
450. Secondo il Codice di Modena entro qual termine dev' essere inscritto il privilegio accordato ai coeredi ed ai condividenti?

Articolo 2110. — *Pag. 265.*

451. In qual modo si conserva, secondo le disposizioni del Codice Napoleone, il privilegio degli architetti ed intraprenditori?
452. Qual senso hanno le parole dell' art. 2110 — *conservano i loro privilegi dalla data dell' inscrizione del primo processo verbale?* —
453. Entro qual tempo l' architetto deve inscrivere il suo primo processo verbale?
454. Il secondo processo verbale entro qual termine deve essere inscritto, se il fondo gravato passa in potere di un alienatario?
455. La disposizione dell' art. 2110 del Codice Napoleone è ripetuta nel Codice delle Due Sicilie. Quale significato deve attribuirsi alle espressioni dell' articolo 1996 del Codice delle Due Sicilie—*dalla data della inscrizione del primo processo verbale?* —
456. Entro qual termine deve farsi la notificazione del privilegio degli architetti secondo il Codice di Parma?
457. Secondo il Codice di Sardegna entro qual termine il privilegio degli architetti deve essere inscritto?
458. Qual termine assegna il Regolamento Ipotecario Pontificio per la inscrizione del privilegio degli architetti e delle altre persone nominate nel § 83 n.° 1°?
459. E secondo la Legge Ipotecaria Toscana entro qual termine il privilegio degli architetti e cottimanti dev' essere inscritto?

Articolo 2111. — *Pag. 279.*

460. Il privilegio della separazione dei patrimoni, quando si esercita sui beni immobili della eredità, è sottoposto all'obbligo della inscrizione. Entro qual termine dev'essere inscritto?

461. Qualunque creditore particolare dell'erede, o chirografario od ipotecario, può opporre ai creditori della eredità il difetto della inscrizione del benefizio della separazione dei patrimoni.

462. I creditori e i legatari del defunto entro il termine assegnato dalla legge per la inscrizione del loro privilegio, devono altresì domandare in giudizio la separazione dei patrimoni?

463. La disposizione dell'art. 834 del Codice di Procedura non ha recato alcuna modificazione all'art. 880 del Codice Civile.

464. Il privilegio della separazione dei patrimoni può esercitarsi sul prezzo dei beni immobili alienati dall'erede?

465. La inscrizione necessaria per l'esercizio del privilegio della separazione dei patrimoni, non deve confondersi con quella che viene accesa dai creditori ipotecari della eredità per la conservazione delle rispettive ipoteche.

466. La inscrizione prescritta dall'art. 2111 per la conservazione del privilegio della separazione dei patrimoni, non ha altro scopo che di attribuire sugl'immobili della eredità del defunto debitore alla massa dei creditori anche chirografari della stessa eredità un diritto di preferenza a qualunque creditore dell'erede. Fatta la separazione dei beni immobili ereditari dai beni propri dell'erede, come si farà la graduatoria nel caso di un giudizio di concorso?

467. In qual modo si farà la graduatoria, se alcuni creditori della eredità avranno conservato il privilegio della separazione dei patrimoni, ed altri no, e compariscano nel giudizio di concorso creditori particolari dell'erede, a cui furono dallo stesso erede dati in ipoteca gl'immobili ereditari?

468. I creditori ed i legatari che conservar vogliono il privilegio della separazione dei patrimoni, devono indicare nelle note della inscrizione ad uno ad uno tutti gl'immobili della successione, esprimendo la loro qualità e situazione.

469. Il termine dei sei mesi assegnato dalla legge per la inscrizione del privilegio della separazione dei patrimoni decorre sempre dal giorno in cui si è aperta la successione.

470. Le ipoteche costituite dall'erede sui fondi della successione non pos-

sono recar pregiudizio al privilegio della separazione dei patrimoni debitamente conservato colla inscrizione fatta entro il termine prescritto dall'art. 2111.

471. Potranno dopo i sei mesi assegnati dall'art. 2111 i creditori ed i legatari che vogliono godere del benefizio della separazione dei patrimoni accendere la inscrizione? E quale in questo caso sarà l'effetto dell'accesa inscrizione?

472. La inscrizione voluta dall'art. 2111 per la conservazione del privilegio della separazione dei patrimoni, è necessaria nel caso di una eredità accettata col benefizio dell'inventario?

473. Il Codice delle Due Sicilie ripete la disposizione dell'art. 2111 del Codice Napoleone.

474. Quanti giorni assegna il Codice di Parma a fare la notificazione del privilegio della separazione dei patrimoni?

475. Entro qual termine deve inscriversi il privilegio della separazione dei patrimoni secondo il Codice di Sardegna?

476. Quali diritti accorda il Regolamento Ipotecario Pontificio ai creditori ereditari ed ai legatari sugl'immobili della successione? Entro qual termine i detti creditori e legatari devono accendere la inscrizione necessaria alla conservazione dei diritti che loro attribuisce il lodato Regolamento?

477. Qual termine assegna il Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche* per la inscrizione del benefizio della separazione dei patrimoni?

478. Si accennano le modificazioni fatte dal Progetto Vatimesnil alla disposizione dell'art. 2111 del Codice Napoleone.

479. Anche il Codice di Modena assoggetta il benefizio della separazione dei patrimoni alla formalità della inscrizione che deve essere accesa entro il termine di tre mesi dal giorno dell'aperta successione.

480. Entro qual termine dovrà essere inscritto il privilegio che i Codici di Sardegna e di Modena accordano al terzo possessore per le riparazioni ed i miglioramenti fatti sul fondo?

481. Nei giudizi di concorso sul prezzo degl'immobili i privilegi generali stabiliti dal Codice Napoleone coll'art. 2101 sono sempre preferiti a qualunque privilegio speciale.

482. Concorrendo sugl'immobili della eredità i creditori ereditari ed i legatari, che fanno uso del privilegio, debitamente conservato, della separazione dei patrimoni, coi creditori particolari dell'erede, i primi sono sempre preferiti, sebbene i secondi possano vantare alcuno dei privilegi generali dell'art. 2101. Solamente dovrebbe accordarsi la preferenza al privilegio nei legali modi conservato degli architetti, che d'ordine degli eredi eseguirono dei lavori sugl'immobili della eredità.

483. Quali sono i privilegi speciali che possono tra loro trovarsi in conflitto sullo stesso immobile? A chi si darà la preferenza, se il venditore verrà in conflitto con un coerede?
484. Nel caso di conflitto tra il venditore e l'architetto, o tra l'architetto ed i coeredi, a chi si darà la preferenza?
485. E tra due architetti che abbiano successivamente uno dopo l'altro eseguiti dei lavori sullo stesso immobile, chi sarà preferito?
486. Nel caso di conflitto di più privilegi sullo stesso immobile, come si regola la preferenza secondo i Codici delle Due Sicilie e di Parma?
487. Verificandosi il caso contemplato nel n.° antecedente, in qual modo il Codice di Sardegna misura il grado di preferenza?
488. Nello stesso caso di conflitto tra più privilegi sugli stessi immobili, con qual regola è misurata la preferenza dal Regolamento Ipotecario Pontificio?
489. Secondo il Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche nel caso di conflitto tra più privilegi sugli stessi immobili, a chi si darà la preferenza?
490. Il grado di preferenza tra più privilegi concorrenti sugli stessi immobili in qual modo è misurato dal Codice di Modena?

Articolo 2112. — *Pag. 344.*

491. Quali azioni competevano al cessionario di un credito secondo i principj del Diritto Romano? Quali diritti ed azioni gli accorda il Codice Napoleone?
492. Non bisogna confondere la cessione di un credito coll'accollazione.
493. Diversa dall'accollazione è la delegazione.
494. La disposizione dell'art. 2112 abbraccia qualunque credito privilegiato. Il cessionario è tenuto a notificare ai terzi sui registri ipotecari il suo contratto di cessione?
495. Anche prima della denunzia al debitore prescritta dall'art. 1690, può il cessionario fare la inscrizione del credito che gli fu ceduto.
496. Il creditore, in favor del quale fu fatta un'accollazione senza il suo intervento, può inscrivere il privilegio inerente al credito accollato?
497. Il creditore, in favore del quale fu fatta un'accollazione, può valersi della inscrizione accesa dall'accollante contro il debitore accollatario?
498. Gli effetti derivanti da una surroga nelle ragioni di un creditore, non

sono molto diversi da quelli che nascono da un contratto di cessione. La surroga tanto secondo il Diritto Romano quanto secondo il Codice Napoleone è convenzionale o legale.

499. Per Diritto Romano e secondo il Codice Napoleone ha luogo il subingresso convenzionale indipendentemente dalla volontà del debitore, quando il creditore che riceve il pagamento da un terzo lo surroga nelle sue ragioni.

500. La surroga convenzionale può anche farsi dal debitore senza il concorso della volontà del creditore.

501. Il subingresso convenzionale è perciò di due specie.

502. Il Codice Napoleone, ad imitazione del Diritto Romano, accorda in primo luogo colla disposizione dell'art. 1251, n.° 1° il subingresso legale a vantaggio di colui che essendo egli stesso creditore, paga un altro creditore che ha diritto di essergli preferito.

503. Il diritto di surroga legale accordato dall'art. 1251, n.° 1°, è applicabile tanto al creditore ipotecario quanto al creditore chirografario che paga un altro creditore o ipotecario o privilegiato.

504. Il subingresso, di cui si fa menzione nell'antecedente n.°, non si può estendere al creditore che paga un altro creditore di grado inferiore.

505. In quali casi compete per Diritto Romano al terzo possessore il gius di offrire ai creditori ipotecari il pagamento dei loro crediti? Quali di questo gius erano le conseguenze?

506. Il Codice Napoleone colla disposizione dell'art. 1251, n.° 2° accorda la surroga legale a vantaggio dell'acquirente di un immobile, il quale impiega il prezzo del suo acquisto nel pagamento dei creditori ipotecari.

507. Il subingresso legale accordato all'acquirente dall'art. 1251, n.° 2° devesi ristringere alle ipoteche ed ai privilegi gravitanti sul fondo acquistato?

508. Quale era l'effetto del benefizio *cedendarum actionum* accordato dal Diritto Romano a coloro che con altri o per altri erano obbligati al pagamento di un debito? Il Codice Napoleone accorda colla disposizione dell'art. 1251, n.° 3° la surroga legale a vantaggio di colui che essendo obbligato con altri o per altri al pagamento di un debito aveva interesse di soddisfarlo.

509. Le Leggi Romane non accordano alcuna surroga legale all'erede benefiziato che paga i creditori ereditari con denari propri. La surroga legale nel detto caso è concessa all'erede benefiziato dalla disposizione dell'art. 1251, n.° 4° del Codice Napoleone.

510. Quali sono gli effetti del subingresso nelle ragioni di un creditore?

511. I diversi cessionari di un credito ceduto in epoche diverse in distinte porzioni devono essere pagati per contributo, e il contri-

buto avrà luogo anche tra il cessionario di una porzione del credito e lo stesso cedente creditore del residuo non cednto.

512. Si farà luogo al contributo anche quando il credito sarà stato ceduto colla promessa della esigibilità?

513. Anche tutti coloro che furono surrogati nelle ragioni di un creditore dimesso coi loro denari, devono essere pagati per contributo.

514. Nel caso di subingresso, tutti gl'Interpreti del Diritto Romano s'accordano nell' insegnare che il creditore surrogante pel residuo a lui dovuto del credito è preferito al terzo che ottenne una surroga parziale. In questo caso il surrogante è in miglior condizione di chi, con un vero e proprio contratto di cessione, alienò una porzione del proprio credito.

515. Anche secondo la disposizione dell' art. 1252 del Codice Napoleone il subingresso non può nuocere al creditore, quando questi non fu pagato che in parte. La disposizione del citato art. 1252, che riguarda esclusivamente il subingresso, non può applicarsi al cedente che a titolo lucrativo od oneroso alienò ad un cessionario, con un vero e proprio contratto di cessione, una sola porzione del suo credito.

516. Il vero cessionario di un residuo credito sarà preferito al terzo che pagando una porzione dello stesso credito fu surrogato nelle ragioni del creditore?

517. Il Codice delle Due Sicilie ripete la disposizione dell' art. 2112 del Codice Napoleone, non che le massime stabilite dallo stesso Codice intorno alla surroga.

518. La disposizione dell'art. 2112 del Codice Napoleone, non che le suaccennate massime riguardanti la surroga sono pur ripetute dal Codice di Parma.

519. Anche il Codice di Sardegna ripete la disposizione dell'art. 2112 del Codice Napoleone, e le altre massime relative alla surroga.

520. Che cosa dispone il Regolamento Ipotecario Pontificio intorno alla cessione delle ipoteche?

521. La disposizione dell'art. 2112 del Codice Napoleone è pur ripetuta dal Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche. Cenno delle massime stabilite dal lodato Motuproprio intorno al subingresso.

522. Il Progetto Vatimesnil nel ripetere la disposizione dell'art. 2112 del Codice Napoleone contemplava espressamente tanto i cessionari quanto le persone che furono surrogate nei diritti di un creditore.

523. La disposizione dell' art. 2112 del Codice Napoleone è ripetuta altresì dal Codice di Modena: si accennano le disposizioni di questo Codice intorno al subingresso.

Articolo 2113. — *Pag. 409.*

(1) In Francia nel 26 marzo 1855 è stata finalmente pubblicata la Legge, che rende necessaria la trascrizione degli atti di alienazione dei beni immobili per la trasmissione della proprietà.

INDICE GENERALE

DELLE MATERIE CONTENUTE NEI CINQUE VOLUMI DEL SISTEMA IPOTECARIO ILLUSTRATO.

(Il numero *romano* indica il volume; l' *arabico* i paragrafi.)

A

B

C

D

E

F

G

I

confermata la massima dell'art. 2146 del Codice Napoleone riguardante le inscrizioni sui beni di un fallito o di una eredità beneficiata dalle moderne Leggi Italiane? IV, 920, 921, 922, 923, 924, 925. — In qual modo il Conservatore deve eseguire la insorizione secondo il Codice Napoleone e le moderne Leggi Italiane? IV, 957, 958, 961, 962, 963, 964. — Tutte le Leggi Italiane moderne assoggettarono i privilegi costituiti sui beni immobili all'obbligo della inscrizione. Anche i Progetti Rouher e Vatimesnil sottoponevano i detti privilegi alla condizione della pubblicità. II, 390, 391, 393, 394, 395, 396. — Quali sono i privilegi eccettuati dalla formalità della inscrizione secondo le citate Leggi Italiane? II, 399, 400, 401, 402, 403, 404. — Non ostante la dispensa dalla inscrizione accordata dal Codice Napoleone alle ipoteche legali delle donne e dei minori, nel caso speciale del giudizio di purgazione, se nel termine di due mesi non sono inscritte le dette ipoteche legali, il fondo rimane purgato da un tal onere, e le donne ed i minori neppur possono domandar grado sul prezzo nel giudizio d'ordine. V, 1253. — Il termine dei due mesi, di cui fa parola l'art. 2194, corre si per chiedere la inscrizione delle ipoteche legali spettanti a donne o minori, come per domandare l'incanto del fondo, che è il soggetto del giudizio di purgazione. V, 1250, 1251. — Se sono accese le inscrizioni delle ipoteche legali spettanti a donne o minori entro il detto termine dei due mesi assegnato dall'art. 2194, in qual modo il terzo possessore che fa il giudizio di purgazione, otterrà la liberazione del fondo? V, 1254. — Da chi può essere accesa la inscrizione della ipoteca legale delle donne maritate e dei minori o interdetti? — IV, 830, 831, 832. — Quali sono secondo il Codice Napoleone e le moderne Leggi Italiane le forme proprie della inscrizione delle ipoteche legali? IV, 983, 984, 985, 986, 987, 988. — La ipoteca legale delle donne maritate e dei minori od interdetti anche dal Codice delle Due Sicilie è dispensata dall'obbligo della inscrizione. Questo Codice però assegna alle vedove ed ai minori divenuti maggiori ed ai loro eredi il termine di un anno a prendere la inscrizione. IV, 871, 872. — Da chi devono domandarsi le inscrizioni delle ipoteche legali secondo le altre Leggi Italiane moderne? IV, 874, 877, 879, 882, 883, 884, 894. — L'Assemblea legislativa dell'ultima Repubblica Francese confermò dopo una vivissima discussione la dispensa dalla inscrizione accordata dal Codice Napoleone alla ipoteca legale delle donne e dei minori. IV, 888. — Non sarebbe nulla una inscrizione o una trascrizione fatta in un giorno di festa. V, 1266. — Il creditore, la cui inscrizione andò perenta per difetto di rinnovazione, può accenderne una nuova? IV, 999. — Vedi *Grado, Interessi, Ipoteca, Rinnovazione, Spese, Venditore.*

— Quando il debitore, i cui beni sono colpiti da una ipoteca legale, fa un contratto di permuta, quali sono gli effetti di questo contratto relativamente al gius d'ipoteca spettante al creditore? III, 634. — Se il patrimonio di un debitore sarà gravato da più ipoteche legali di diversa data, con qual regola dovrà misurarsi il loro grado rispetto ai beni posteriormente acquistati dallo stesso debitore? III, 635. — Diritti, azioni e privilegi competenti per Diritto Romano alla donna maritata per la restituzione della dote. La donna maritata pei crediti stradotali e per la donazione obnuziale ha per Diritto Romano la ipoteca legale semplice, non privilegiata. Il Codice Napoleone negò alle donne maritate ogni privilegio in pregiudizio dei creditori ipotecari anteriori, e loro accordò la semplice legale ipoteca sui beni dei mariti. III, 599, 600, 601, 602. — La ipoteca legale concessa alle donne maritate sui beni dei mariti è dispensata dall'obbligo della inscrizione. IV, 803. — Alla moglie deve accordarsi la ipoteca legale sui beni del marito per qualunque credito dotale od estradotale. Se la detta ipoteca legale della moglie sia in tutti i casi e per qualunque credito dispensata dall'obbligo della inscrizione. IV, 803, 804. — Il grado della ipoteca legale delle donne maritate dipende dalla diversa indole ed origine dei crediti. IV, 805, 806, 807, 808, 809, 811, 812, 813, 815. — Se la ipoteca legale competa alla moglie di un forestiero; se sia trasmissibile agli eredi, e se possa cedersi. III, 603, 604. — La ipoteca speciale costituita nel contratto di matrimonio a favore della sposa a garanzia della dote e delle convenzioni matrimoniali, non pregiudica i diritti d'ipoteca legale che le spettano sui beni del marito. IV, 836. — La moglie non ha sui beni dello suocero alcuna ipoteca legale; e neppure acquista la ipoteca legale sui beni del marito se contrae il matrimonio nei dieci giorni che precedono il fallimento. III, 606, 607. — La donna nè prima, nè durante il matrimonio può mai rinunziare totalmente alla sua ipoteca legale. IV, 859. — Il marito non ha alcuna ipoteca legale a garanzia del pagamento della promessa dote. III, 605.

Il Diritto Romano antico accordava ai pupilli, ai furiosi e ai prodighi un privilegio personale sui beni dei tutori e curatori, al quale fu poi surrogata una ipoteca legale. Il Codice Napoleone concede la ipoteca legale ai minori ed agl'interdetti sopra i beni dei loro tutori. III, 608, 609, 618. — Questa ipoteca legale, che è dispensata dall'obbligo della inscrizione, si misura dal giorno dell'accettazione della tutela. IV, 799. — La dispensa dalla inscrizione continua in favore dei minori divenuti maggiori e degl'interdetti a cui fu restituita la libera amministrazione del patrimonio e dei loro eredi sino a che la ipoteca rimanga estinta nei modi ordinari, onde si sciolgono le altre ipoteche. III, 627. IV, 801, 802. — Se i figli minori soggetti all'au-

L

M

N

cordato al terzo possessore anche dalle Leggi Italiane moderne. V, 1131, 1132, 1133, 1134, 1135, 1136. — Al contrario il Progetto Vatimesnil toglieva al terzo possessore una tale facoltà. V, 1136, nota 1, pag. 294.

Rinnovazione. È degna di critica la disposizione dell'art. 2154 del Codice Napoleone, che obbliga i creditori a rinnovare le inscrizioni prima della scadenza del termine di 10 anni dalla loro data. Il giorno dell'accesa inscrizione si computa nel termine dei 10 anni? E l'ultimo giorno del decennio sarà compreso nel termine? Se l'ultimo giorno del termine è feriato, il creditore potrà fare la rinnovazione il giorno successivo? IV, 989, 990, 991. — La disposizione del detto articolo 2154 è applicabile anche alle inscrizioni delle ipoteche legali dei minori e delle donne e a quelle che vengono inscritte *ex officio* dal Conservatore? IV, 992. — In qual momento le inscrizioni ottengono il loro effetto legale e sono perciò dispensate dalla rinnovazione? I creditori sono dispensati dalla rinnovazione il giorno del rilascio eseguito dal terzo possessore? Dopo che il terzo possessore riprese il fondo già rilasciato, il creditore che intentò l'azione ipotecaria sarà dispensato dall'obbligo della rinnovazione? IV, 993, 995, 996. — Dopo l'apertura del fallimento, o dopo che la eredità del debitore venne accettata col benefizio dell'inventario o rimase giacente, potranno rinnovarsi le inscrizioni accese in tempo utile, o saranno i creditori dispensati dalla rinnovazione? IV, 914, 915, 997. — Il terzo possessore, se vuole conservare le ipoteche che aveva sul fondo, è tenuto alla rinnovazione delle relative inscrizioni? IV, 994. — Chi può opporre al creditore la mancanza di rinnovazione della inscrizione? IV, 998. — In qual modo deve esser fatta la rinnovazione? IV, 1000. — La rinnovazione delle inscrizioni è necessaria anche secondo i Codici delle Due Sicilie e di Parma, il Regolamento Ipotecario Pontificio e il Codice di Sardegna. IV, 1001, 1002, 1004. — La rinnovazione era pure necessaria secondo il Progetto Vatimesnil. IV, 1005. — Nel Granducato di Toscana la rinnovazione delle inscrizioni non è necessaria. La formalità della rinnovazione fu abolita dal Codice di Modena. IV, 1003, 1006. — Vedi *Inscrizione*.

Rinunzia. La rinunzia del creditore alla ipoteca è un modo onde le ipoteche si estinguono. Per Diritto Romano una tale rinunzia può essere espressa o tacita. Secondo il Codice Napoleone la espressa rinunzia deve essere accettata dal debitore? La tacita non è inconciliabile coi principj del Codice Napoleone. Colla rinunzia del creditore si possono estinguere tanto le ipoteche quanto i privilegi. V, 1151, 1152, 1153, 1154. — Il terzo possessore non rinunzia alla eccezione di prescrizione facendo le notificazioni e intimazioni indicate

S

137. — Lo stesso privilegio con poche modificazioni è accordato dalle Leggi Italiane moderne. I, 138.

Scritture private. Vedi *Coeredi, Ipoteca giudiziale, Trascrizione, Venditore.*

Sementi. Le somme dovute per le sementi e per le spese della raccolta dell'annata sono privilegiate sul prezzo della raccolta medesima, e sono pagate in preferenza del locatore. I, 289. — Anche le Leggi Italiane moderne confermarono il detto privilegio. I, 210, 211, 212, 213, 214, 115.

Sentenze. Vedi *Cancellazione, Ipoteca giudiziale.*

Separazione di patrimoni. Ai privilegi costituiti sui beni immobili deve aggiungersi quello che compete ai creditori ed ai legatari che chiedono la separazione del patrimonio del defunto, da quello dell'erede sopra i beni immobili della eredità. II, 351. — Perchè, e sotto quali condizioni il Diritto Romano accorda ai creditori del debitore defunto ed ai legatari il benefizio della separazione del patrimonio dello stesso defunto? Quali di questo benefizio sono gli effetti? II, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369. — Anche il Codice Napoleone accorda un tale benefizio: deve il medesimo annoverarsi veramente tra i privilegi? II, 370, 371, 372. — Il benefizio della separazione dei patrimoni, quando si esercita sui beni immobili della eredità, è sottoposto alla formalità della inscrizione. Entro qual termine deve essere inscritto? Qualunque creditore particolare dell'erede può opporre ai creditori della eredità il difetto della inscrizione. II, 460, 461. — I creditori ereditari ed i legatari entro il termine assegnato per la inscrizione del detto privilegio dovranno altresì domandare in giudizio la separazione dei patrimoni? II, 462. — La disposizione dell'art. 834 del Codice di Procedura non ha recato alcuna modificazione all'art. 880 del Codice Civile, e perciò l'azione per dimandare la separazione dei patrimoni è esercibile soltanto finchè gl'immobili ereditari esistono in potere dell'erede. II, 463. — Il privilegio della separazione dei patrimoni può esercitarsi sul prezzo dei beni immobili alienati dall'erede? II, 464. — Quale è lo scopo, e quale è l'effetto della inscrizione del benefizio della separazione dei patrimoni? II, 465, 466, 467, 470, 482. — La inscrizione del detto privilegio deve essere accesa sopra ciascuno degl'immobili ereditari, e il termine di sei mesi, a tal uopo assegnato dalla legge, corre dal giorno dell'aperta successione. II, 468, 469. — Quale sarà l'effetto della inscrizione del detto privilegio accesa dopo il termine legale dei sei mesi? II, 471. — La inscrizione voluta dall'art. 2111 per la conservazione del privilegio della separazione dei patrimoni non è necessaria nel caso di una eredità benefiziata. II, 472. — La disposizione dell'art. 2151, relativa agl'interessi dei crediti ipotecari e privilegiati, è applicabile altresì

prio della ipoteca convenzionale. La specialità è la base e il fondamento della inscrizione, ed è un elemento essenziale della pubblicità. Si criticano le ipoteche legali e giudiziali del Codice Napoleone, come quelle che essendo generali non sono in armonia col sistema della pubblicità. Se il creditore, a cui fu data una ipoteca nulla generale dal debitore, possa costringere lo stesso debitore a dargliene una valida speciale. Una ipoteca speciale stipulata nello stesso atto, con cui fu convenuta anche una ipoteca generale, riman ferma e valida, non ostante la nullità della ipoteca generale. III, 736, 737, 738.— La ipoteca è costituita specialmente secondo la volontà della legge quando sono determinate la natura e la situazione di ciascuno degl'immobili ipotecati. Se nell'atto costitutivo della ipoteca non furono indicati gli elementi che per volontà della legge determinano la specialità, il creditore non può supplire al difetto colla inscrizione. III, 739, 740. — Si possono ipotecare tutti i beni immobili presenti, purchè ciascuno di essi sia specialmente indicato. III, 747, 748.— Anche la ipoteca costituita sui beni futuri nel modo e nel caso contemplato dall'art. 2130 acquista il carattere della specialità mediante la formalità della inscrizione, che deve accendersi a misura degli acquisti sui fondi determinati che il debitore di mano in mano aggiunge al proprio patrimonio. V, 1045. — È perciò diversa dalle ipoteche legali e giudiziali, come quelle che sono di loro natura generali. IV, 938. — Vedi *Ipoteca convenzionale*.

Spese dell' ultima infermità. È questione tra gl'Interpreti del Romano Diritto, se le spese dell' ultima infermità del debitore sieno nel numero dei crediti privilegiati. Il Codice Napoleone attribuisce a tali spese il privilegio sulla generalità dei mobili e degl'immobili. Quali sono veramente le spese cui è accordato un tale privilegio? Entro quali limiti deve restringersi la quantità delle spese cui il detto privilegio può competere? A quali spese accennano le parole dell'art. 2101 — *dell' ultima infermità?* I, 115, 116, 117, 118, 119. — Aprendosi il fallimento ed il giudizio di concorso durante lo stato di malattia od anche di convalescenza del debitore, i creditori delle spese di quest' ultima malattia potranno invocare il privilegio accordato dalla legge alle spese dell' ultima infermità. I, 120.—Quando trattasi di malattia cronica, saranno privilegiate le spese di tutto il lungo periodo della sua durata? E le somministrazioni di alimenti fatte all' infermo godono dello stesso privilegio accordato alle spese della infermità? I, 121, 122. — I creditori delle spese dell' ultima infermità godono del privilegio in proporzione eguale. I, 123. — Questo privilegio generale entro quali limiti è stato confermato dalle Leggi Italiane moderne? I, 124, 125, 126, 127, 128, 129.

Spese funeratizie. L' azione pretoria funeraria per ripetere le spese fu-

neratizie era personale privilegiata, e per uno speciale favore era preferita a tutti i creditori ipotecari, e persino a quelli che avevano una ipoteca privilegiata. I, 100. — Il Codice Napoleone accorda alle spese funeratizie un privilegio generale sui mobili e sugl'immobili. I, 101. — Un tale privilegio potrà esercitarsi per qualunque somma spesa? I, 102. — Quali sono veramente le spese funeratizie che goder possono del privilegio? I, 103. — Non si può accordare il privilegio al credito per le vesti di lutto della vedova e dei servi del defunto. I, 104, 105. — Chi sostenne le spese pei funerali di un figlio di famiglia potrà sui beni del padre reclamare il privilegio generale accordato dall'art. 2101? Rimane gravato dell'accennato privilegio il patrimonio della persona obbligata al pagamento di dette spese. Se un terzo paga il creditore delle spese funeratizie con denari propri, potrà dal debitore pretenderne il rimborso con privilegio, sebbene non abbia all'atto del pagamento stipulata la surroga nelle ragioni del dimesso creditore? I, 106, 107, 108, 109. — Con quali limitazioni le Leggi moderne Italiane accordano alle spese funerarie il privilegio generale sui beni del debitore? I, 110, 111, 112, 113, 114.

Spese giudiziali. Le spese giudiziali fatte per l'interesse della massa dei creditori erano per Diritto Romano prelevate dal prezzo dei beni del comune debitore. Il Codice Napoleone accorda alle spese giudiziali il privilegio generale sui mobili e sugl'immobili, il qual privilegio compete alle sole spese giudiziali sostenute per l'interesse comune di tutti i creditori. Nel numero di tali spese cadono quelle che si fanno dall'erede per l'interesse della eredità benefiziata. Il detto privilegio è subordinato nella sua applicazione alle particolari disposizioni del Codice di Procedura. I, 89, 90, 91, 92, 93. — Anche le moderne Leggi Italiane confermarono il detto privilegio. I, 95, 96, 97, 98.

Spese. Quali diritti competono per Diritto Romano al terzo possessore molestato con azione ipotecaria per le spese fatte sul fondo? Quali gliene accorda per lo stesso titolo il Codice Napoleone? Se il terzo possessore che fa il rilascio possa togliere dal fondo gli oggetti di lusso e di ornamento. V, 1118, 1120. — La disposizione dell'art. 2175 è applicabile a qualunque terzo possessore di buona o di mala fede, e tanto al terzo possessore che fa il rilascio, quanto a quello, a carico del quale i creditori ipotecari fanno il giudizio di espropriazione. V, 1118, 1121. — Quali spese devono rimborsarsi nel giudizio di purgazione dall'aggiudicatario all'acquirente, cui viene tolto il possesso del fondo? V, 1236. — Soddisfatti i creditori inscritti, il terzo possessore divenuto aggiudicatario nulla deve di ciò che supera il prezzo stipulato nel contratto ai creditori chirografari dell'alienante. V, 1244. — Quali diritti accordano le moderne Leggi Italiane al terzo posses-

T

lo stesso credito? V, 1080. — Se il terzo possessore molestato con azione ipotecaria non paga il debito, o non fa il rilascio o il giudizio di purgazione del fondo entro il termine fissato dalla legge, qualunque creditore ipotecario ha diritto di far vendere il fondo a carico dello stesso terzo possessore, colle formalità stabilite pei giudizi di espropriazione. Non potrebbero però i creditori far uso del diritto che l'art. 2078 accorda al creditore pignoratario. V, 1084, 1085, 1086, 1087, 1088, 1089. Il terzo possessore molestato con azione ipotecaria in quali casi e sotto quali condizioni può opporre la eccezione della escussione? V, 1090, 1091, 1092, 1093, 1094, 1095, 1096, 1097, 1098, 1099. — Al terzo possessore non compete il benefizio di *divisione*, nè l'altro *cedendamen actionum*, nè il diritto di *ritenzione*, ma sì bene la eccezione *di garanzia*, se il creditore che intenta l'azione ipotecaria è personalmente verso di lui obbligato per la evizione del fondo. V, 1068, 1079, 1100, 1101. — Sotto quali condizioni e in quali casi può fare il rilascio del fondo? V, 1102, 1103, 1104, 1105, 1106, 1107, 1108, 1109, 1110, 1111, 1112. — Il terzo possessore che comprò da un erede benefiziato un fondo e ne pagò il prezzo nel modo e colle formalità prescritte, dovrà fare il giudizio di purgazione? V, 1193. — Se e quale azione competa ai creditori ipotecari contro il terzo possessore secondo il Diritto Romano e il Codice Napoleone pei danni recati al fondo. V, 1117. — Vedi *Azione ipotecaria*, *Prescrizione*, *Purgazione*, *Regresso*, *Reviviscenza*, *Rilascio*, *Ritenzione*, *Spese*, *Trascrizione*. — Gli effetti dei privilegi e delle ipoteche contro i terzi possessori secondo le moderne Leggi Italiane, sono in sostanza i medesimi, salvo poche modificazioni, che vennero determinati dal Codice Napoleone. V, 1131, 1132, 1133, 1134, 1135, 1136.

Tesoro Pubblico. Quali privilegi ed ipoteche accordano al Tesoro Pubbico il Codice Napoleone, le due Leggi del 5 settembre 1807 e l'altra dei 12 novembre 1808. I Diritti del Tesoro Pubblico sono applicabili al Tesoro della Corona. I, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54. — Quali diritti e privilegi accordano al Tesoro Pubblico le moderne Leggi Italiane? I, 56, 57, 58, 59, 60, 61.

Tradizione. Perchè dal pegno possa nascere il privilegio, è necessario che il pegno sia stato consegnato al creditore. Come debba farsi la tradizione del pegno? I, 219, 220.

Trascrizione. La trascrizione dell'atto di alienazione nell'Uffizio delle Ipoteche era necessaria secondo la Legge 11 brumaio alla trasmissione del dominio in faccia ai terzi. Secondo il Codice Napoleone non è necessaria a questo scopo, tranne il caso delle donazioni tra vivi, ma è una semplice formalità preparatoria del giudizio di purgazione. In forza però delle modificazioni fatte al Codice Civile dal Codice di Procedura, non è più solo una formalità preparatoria del

U

V

compratore divenuta immobile, il venditore conserva il suo privilegio. Conserverà il suo privilegio anche quando la cosa venduta sarà stata dal compratore unita ad un immobile con gesso, calce o stucco? Il venditore potrà esercitare il suo privilegio in concorso ed in pregiudizio dei creditori aventi ipoteca sull'immobile, al quale la cosa mobile venduta fu aggregata dal compratore? I, 248, 249, 250. — Per Diritto Romano, se la tradizione della cosa venduta è fatta *non habita fide de pretio*, e il compratore non paga il prezzo, compete al venditore il diritto di rivendicazione. Anche il Codice Napoleone accorda al venditore di effetti mobiliari non pagati, se la vendita è stata fatta senza dilazione al pagamento, il diritto di rivendicarli dalle mani del compratore. Sotto quali condizioni è accordata dal Codice Napoleone al venditore l'azione di rivendicazione? I, 251, 252, 253, 254, 255, 256. — L'azione di rivendicazione è esercibile soltanto dal venditore di cose mobili corporali. Il venditore di un credito, se non può muovere la rivendicazione, può però domandare la risoluzione del contratto di cessione. Anche il venditore di cosa mobile corporale, quando non possa valersi dell'azione di rivendicazione per difetto di alcuna delle condizioni prescritte dalla legge, può ricorrere all'azione risolutoria, la quale gli compete oltre il privilegio. I, 257, 258. — Nel caso di conflitto tra il locatore e il venditore di mobili introdotti nella casa o nel fondo tenuto in condotta dal compratore, a chi deve darsi la preferenza? I, 259. — L'art. 2102 non deroga alle leggi e consuetudini commerciali concernenti la rivendicazione. Non verificandosi le condizioni volute dal Codice di Commercio per l'esercizio della rivendicazione, il venditore potrà far uso del privilegio che l'art. 2102 accorda al venditore di cose mobili? I, 260, 261. — Quali diritti accordano al venditore di cose mobili pel pagamento del prezzo le moderne Leggi Italiane? I, 262. — Qual forza aveva nei contratti di compra e vendita dei beni immobili la riserva del dominio suggerita dai Forensi? Il Codice Napoleone accorda al venditore di beni immobili pel prezzo non pagato un privilegio. II, 298, 299. — Se sarà fatta una vendita col patto della ricupera, e il venditore faccia uso di un tal patto, competerà al compratore sull'immobile restituito pel rimborso di ciò che gli è dovuto il privilegio che l'art. 2103 concede al venditore? II, 300. — Perchè il venditore possa valersi del privilegio, è necessario che il contratto risulti da scrittura; non è però necessario che la scrittura sia autentica. È mestieri altresì che il credito pel prezzo o residuo del prezzo risulti dalla stessa scrittura del contratto. II, 305, 306. — Al venditore spetta il privilegio anche per gl'interessi del prezzo. Le altre somme distinte dal prezzo e dagl'interessi, cui possa aver diritto il venditore contro il compratore, non godono del privilegio accordato al prezzo. In quali casi il venditore può

reclamare il privilegio pel rimborso delle spese del contratto? II, 307, 308. — Il privilegio accordato dalla legge sopra l' immobile venduto si estende a tutto ciò che per diritto di accessione fu unito al fondo. II, 309. — Essendovi più vendite successive, il primo venditore è preferito al secondo, il secondo al terzo, e così progressivamente. II, 310. — Lo stesso privilegio che al venditore è concesso, si accorda dal Codice Napoleone a chi somministra i denari per pagare il venditore. Quali condizioni devono verificarsi, perchè chi somministra i denari per l'acquisto di un immobile possa godere del detto privilegio? II, 318, 319, 320, 321, 322, 323. — Se coi denari della somministrazione viene pagata una parte soltanto del prezzo, pel residuo il venditore sarà preferito al mutuante? II, 324. — Se più mutuanti fecero in epoche differenti diverse somministrazioni per l'acquisto dello stesso immobile, tutti, compreso l'ultimo, devono essere collocati nello stesso grado e pagati per contributo. Ma se il venditore dopo di avere ricevuto dei parziali pagamenti da uno o più mutuanti, con un vero e proprio contratto di cessione aliena il residuo suo credito, il cessionario di questo residuo credito ha diritto di essere preferito agli altri mutuanti. II, 325, 326. — La trascrizione del contratto di vendita, o sia fatta dal venditore o dal compratore, conserva il privilegio del venditore. II, 406, 412. — Si critica il Codice Napoleone, che non avendo assegnato un termine al venditore per dare pubblicità al suo privilegio, rese questo privilegio grandemente dannoso al credito fondiario. Quando rimane spento il privilegio del venditore per difetto di pubblicità secondo i principj del Codice Civile e del Codice di Procedura? II, 407, 408, 409. — Quale è il senso delle parole dell'art. 834 del Codice di Procedura: *Senza pregiudizio degli altri diritti attribuiti al venditore ed agli eredi dagli art.* 2108 *e* 2109 *del Codice Napoleone?* II, 410. Se non sarà fatta la trascrizione del contratto di vendita, il venditore per conservare il suo privilegio dovrà fare la inscrizione entro il termine di 15 giorni dalla trascrizione fatta da un secondo acquirente, e potrà accendere una tale inscrizione o risulti il suo contratto da un atto autentico, o da una scrittura privata. La trascrizione fatta per estratto da un secondo acquirente non può essere di ostacolo alla inscrizione accesa dal primo venditore, non ostante che sia scorso il termine di 15 giorni dalla stessa trascrizione. II, 412, 415. — La inscrizione accesa *ex officio* dal Conservatore dopo la trascrizione a garanzia del privilegio del venditore deve essere rinnovata dallo stesso venditore. II, 419, 420.— Quando il contratto di vendita porta la quietanza del prezzo, nessun privilegio può competere al venditore, non ostante le dichiarazioni contrarie fatte dal compratore con atti distinti dal contratto. II, 422. — Per Diritto Romano al venditore non soddisfatto del

BIBLIOTECA NAZ.
ROMA
VITTORIO EMANUELE

INDICE

DELLE MATERIE CONTENUTE NEL QUINTO ED ULTIMO VOLUME.

Prezzo di questo quinto ed ultimo Volume:
Franchi 6.